

Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”
Curso académico 2016-2018

Trabajo Fin de Máster

“El constitucionalismo cosmopolita en debate”

Constanza Núñez Donald

Tutor

Dr. Francisco Javier Ansuátegui Roig

Getafe, enero 2018

Palabras clave: constitucionalismo, cosmopolitismo, filosofía del derecho internacional.

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo analizar la necesidad y posibilidad de la propuesta teórica de un constitucionalismo cosmopolita. Para ello se desarrollan conceptualmente los elementos caracterizadores del constitucionalismo y el cosmopolitismo y se sostiene que existe una conexión entre ambos conceptos. Asimismo, se analizan las propuestas contemporáneas que lo defienden en autores como L. Ferrajoli y J. Habermas, identificando los fundamentos comunes de sus propuestas, así como sus principales diferencias. Finalmente, realizando una revisión a las críticas que recibe este concepto (desde el realismo, el constitucionalismo o la filosofía del Derecho), se argumenta acerca de la necesidad y posibilidad de este proyecto, planteando su posibilidad condicionada al desarrollo de una agenda de investigación compleja.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada

Tabla de contenidos

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO DE CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA.....	6
1. INTRODUCCIÓN	6
2. ANTECEDENTES DEL DEBATE	6
2.1 Bases filosóficas del cosmopolitismo kantiano: progreso moral de la humanidad y el rol del Derecho.....	9
2.2 Paz perpetua y derecho cosmopolita	10
3. LAS DIMENSIONES DEL COSMOPOLITISMO CONTEMPORÁNEO.....	15
3.1 Dimensión moral	20
3.2 Dimensión institucional.....	23
3.3 Dimensión cultural	26
4. LAS DIMENSIONES DEL CONSTITUCIONALISMO	26
4.1 Limitar y legitimar el poder.....	28
4.2 El constitucionalismo de los derechos.....	30
5. LOS PUNTOS DE ENCUENTRO ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y COSMOPOLITISMO.....	32
5.1 Vocación expansiva del constitucionalismo.....	33
5.2 Carácter histórico del constitucionalismo	36
5.3 Carácter prescriptivo del constitucionalismo	37
6. EPÍLOGO CONCEPTUAL: CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA	38
CAPÍTULO II: RECONSTRUCCIÓN ARGUMENTATIVA DEL CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA CONTEMPORÁNEO.....	41
1. INTRODUCCIÓN	41
2. JÜRGEN HABERMAS Y LA CONSTELACIÓN POSNACIONAL.....	43
2.1 Habermas y la revisión a Kant.....	45
2.2 Consideraciones pragmáticas	47
2.3 Consideraciones conceptuales	49
2.4 Condiciones de posibilidad de un constitucionalismo cosmopolita	51
2.5 Cosmopolitismo y constitucionalismo en Habermas	61
3. LUIGI FERRAJOLI Y EL FEDERALISMO GARANTISTA.....	65
3.1 Consideraciones pragmáticas	66
3.2 Consideraciones conceptuales	70
3.3 Condiciones de posibilidad para un constitucionalismo federal garantista.....	74
3.4 Constitucionalismo y cosmopolitismo en Ferrajoli.....	81
4. RECONSTRUCCIÓN ARGUMENTATIVA DEL CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA	84
4.1 Bases filosóficas	85
4.2 Fundamentos a partir de un diagnóstico común	87
4.3 Modelo de legitimidad.....	88
4.4 Separación conceptual entre Estado y Constitución.....	90
4.5 Teoría del Derecho	91
4.6 Arreglos institucionales	92
5. CONCLUSIONES GENERALES DEL CAPÍTULO	93

CAPÍTULO III: PERSPECTIVAS CRÍTICAS Y POSIBILIDADES DEL CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA	95
1. INTRODUCCIÓN	95
2. PERSPECTIVAS CRÍTICAS	96
2.1 Crítica desde el realismo	96
2.1.1 Aspectos generales	97
2.1.2 Analogía doméstica	101
2.1.3 Carácter “fundamentalista” del cosmopolitismo	104
2.2 Crítica desde el constitucionalismo	107
2.3 Crítica democrática	110
2.4 Crítica desde la filosofía del Derecho	114
3. PERTINENCIA Y ADECUACIÓN DE LAS PERSPECTIVAS CRÍTICAS	117
3.1 Algunos problemas de la crítica “realista”	117
3.2 La pertinencia de la crítica a la analogía doméstica	120
3.3 Interpretación de tendencias opuestas	122
3.4 Fundamentalismo humanitario	124
3.5 La pertinencia del lenguaje constitucional	125
4. EL CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA ¿UN CONSTITUCIONALISMO IMPOSIBLE?	128
4.1 Necesidad y finalidad	128
4.2 Posibilidad: una agenda de investigación en tres niveles	130
4.2.1 Nivel 1: Democracia	131
4.2.2 Nivel 2: Filosofía del Derecho	134
4.2.3 Nivel 3: Estrategias para el constitucionalismo cosmopolita	135
5. CONCLUSIONES GENERALES DEL CAPÍTULO	136
CONCLUSIONES GENERALES	137
BIBLIOGRAFÍA	141

INTRODUCCIÓN

Las respuestas sobre el rol del Derecho más allá del Estado han sido condicionadas por la existencia de dos proyectos teóricos en permanente pugna: el pacifismo legalista y el realismo. En efecto, en el desarrollo de la historia de las ideas existe un constante ir y venir “entre la utopía de un mundo sometido al imperio de la ley a la mera apología del poder del Estado”¹. En este ir y venir, en los últimos años hemos presenciado un renovado nihilismo² frente a las posibilidades del Derecho en el plano internacional, condicionado por un retorno hacia el soberanismo estatal y el nacionalismo³. La fuerza de los hechos (ineficacia de los sistemas supranacionales de protección de derechos humanos o el unilateralismo bélico) parecería dar cuenta de que los esfuerzos teóricos por comprender el fenómeno internacional en clave jurídica serían estériles o, al menos, se han transformado en una tarea titánica.

En este contexto, parece que nos encontramos en una encrucijada relevante donde es necesario preguntarnos si la filosofía del Derecho y el constitucionalismo tienen algún rol que cumplir en el escenario de la globalización o si, por el contrario, estos instrumentos o herramientas resultan inadecuados para pensar la realidad más allá de las fronteras estatales. En este sentido, plantearse interrogantes acerca de la necesidad y posibilidad de proyectos teóricos como los de un constitucionalismo de carácter cosmopolita parece un camino adecuado para ir resolviendo las dudas que nos plantea esta encrucijada.

Este concepto tiene también un particular interés para la filosofía, pues es un debate teórico particularmente fértil para retornar a los clásicos problemas de la filosofía del Derecho: relación entre derecho y moral, derecho y poder, democracia y derechos y, en

¹ GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi: la lucha por el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2016, p.246.

² Beck caracteriza como “nihilistas” a las propuestas postmodernas de análisis del fenómeno de la globalización, que comparten en general no solo un escepticismo frente al Derecho, sino también una visión pospolítica del mundo, véase: BECK, U. *Poder y contrapoder en la era global*. Traducción de R.S Carbó. Barcelona: Paidós, 2004, p.87.

³ En este orden de ideas, Beck plantea que en el panorama de la globalización nos encontraríamos aparentemente ante dos alternativas: la neoliberalización aplicada también al Derecho (con la consecuente desregulación) y la neonacionalización de los Estados, véase: *Ibidem*, p.291. Benhabib también se refiere a este tema, identificando tres fenómenos que ponen en duda el derecho internacional de los derechos humanos y su cumplimiento: el “nuevo soberanismo”, el “escepticismo democrático” y el “realismo estatal”, véase: BENHABIB, S. “The new sovereigntism and transnational law: legal utopianism, democratic scepticism and statist realism”. *Global Constitutionalism* 5, nº1 (2016):109-144.

definitiva, volver sobre la tensión entre razón y voluntad, pero en un plano aún más complejo, pues se trataría de instalar esta discusión trascendiendo las fronteras estatales.

De esta manera, el trabajo que se presenta a continuación versa sobre el concepto de constitucionalismo cosmopolita y tiene como objetivo principal comprender de manera ordenada y sistemática esta propuesta, de cara a indagar su actualidad y analizar críticamente sus posibilidades y límites. La investigación que se presenta, en definitiva, procura reconstruir el debate contemporáneo, para responder a la interrogante de si el constitucionalismo cosmopolita es una propuesta teórica necesaria y posible. En este sentido, el trabajo que se expone no solo busca describir el debate y poner en diálogo a los referentes teóricos de la discusión, sino también desarrollar una postura crítica y propositiva en torno al concepto.

Para lograr este objetivo, en el primer capítulo de esta investigación, se abordarán los elementos que permiten la construcción de un concepto de constitucionalismo cosmopolita, es decir, lo que caracteriza al cosmopolitismo y al constitucionalismo. Considerando que respecto de ambos conceptos no existen posturas uniformes, se expondrán sus rasgos principales. A partir de estos elementos, se explorarán las conexiones o puntos de encuentro que existen entre constitucionalismo y cosmopolitismo, para finalizar el capítulo ofreciendo un concepto de constitucionalismo cosmopolita.

En un segundo capítulo se reconstruyen argumentativamente las propuestas contemporáneas sobre un constitucionalismo cosmopolita expresadas en J. Habermas y L. Ferrajoli. Esta reconstrucción tiene como objetivo no solo indagar los principales aspectos conceptuales y pragmáticos en que se basan ambas propuestas, sino que también ponerlas en diálogo, identificando los fundamentos que comparten y aquellos aspectos donde se evidencian diferencias sustantivas.

En el tercer capítulo, se realizará una reconstrucción de las posturas críticas que se enfrentan al constitucionalismo cosmopolita. Esta aproximación tiene como objetivo dilucidar los desacuerdos básicos que se encuentran en el trasfondo del debate. En base a estos elementos, se ofrecerá una respuesta a la pregunta acerca de si el constitucionalismo cosmopolita es un proyecto teórico necesario y posible.

Para finalizar, se expondrán las principales conclusiones del trabajo.

CAPÍTULO I: ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO DE CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA

1. Introducción

Este capítulo tiene como objetivo realizar una aproximación conceptual al cosmopolitismo y al constitucionalismo y sus puntos de encuentro. Es decir, se buscará reconstruir las bases conceptuales sobre las cuales se asienta el debate contemporáneo sobre la posibilidad de un constitucionalismo de carácter cosmopolita.

Para ello, en primer término, se desarrollará el concepto del cosmopolitismo y sus dimensiones. Considerando que es un concepto complejo y que, en definitiva, no podemos referirnos a la existencia de único “cosmopolitismo”, se expondrán sus antecedentes y se propondrá una clasificación de los mismos que permita dilucidar qué aspectos de esta propuesta filosófica se vinculan al debate actual sobre el constitucionalismo cosmopolita.

En segundo término, se abordará el concepto de constitucionalismo, destacando sus principales características, considerando que es un concepto que se encuentra en permanente evaluación y redefinición.

Finalmente, se abordarán los puntos de encuentro entre ambos conceptos desde una perspectiva teórica y pragmática. Es decir, se tratarán los argumentos que sostienen que ambos conceptos tienen una conexión conceptual, así como aquellas perspectivas que sitúan en conjunto a ambos conceptos a través del análisis la evolución histórica de los sistemas constitucionales. Para concluir el capítulo, se ofrecerá una aproximación a un concepto de constitucionalismo cosmopolita.

2. Antecedentes del debate

El cosmopolitismo es una tradición filosófica⁴ que tiene sus raíces en la filosofía de los antiguos (estoicos), es retomada y asentada por Kant en el siglo XVIII y, reposicionada en la

⁴ Es preciso aclarar que en este estudio se tratará el cosmopolitismo como doctrina filosófica, pues existen otras aproximaciones, como entender el cosmopolitismo como método, véase: BECK, U. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Traducción de Bernardo Moreno. Barcelona: Paidós, 2015, pp. 29-51. En el mismo sentido, Delanty destaca que el cosmopolitismo puede analizarse como prescripciones de moral y política, o bien como un método para analizar el mundo, véase: DELANTY, G. “The emerging field of cosmopolitan studies”. En: ID. *Routledge Handbook of Cosmopolitanism Studies*. New York: Routledge, 2012, p.9.

década de los 90' en el contexto de la globalización desde una perspectiva jurídica, moral y política. En este sentido, para poder abordar el concepto de cosmopolitismo es preciso describir a grandes rasgos sus principales antecedentes, para comprender las bases teóricas que en las que se asienta el debate contemporáneo. Esto reviste importancia pues como veremos, hay una línea conceptual que une a la doctrina de constitucionalismo cosmopolita contemporáneo con los antecedentes de la doctrina filosófica del cosmopolitismo.

Los antecedentes del cosmopolitismo pueden ser clasificados entre un cosmopolitismo clásico, moderno (kantiano) y postwestfaliano⁵. Esta clasificación nos sitúa en los momentos históricos donde se desarrolla esta tradición filosófica y, por tanto, facilita la comprensión del contexto que explica las diferentes aproximaciones del cosmopolitismo⁶. El cosmopolitismo clásico correspondería a aquella tradición surgida a partir de las reflexiones de los cínicos y estoicos en la antigua Grecia, acerca del compromiso moral y político de la persona en relación a su comunidad⁷. La idea central de estas prescripciones éticas es que los deberes morales son respecto de la humanidad en su conjunto. Se sustituye el papel central que había tenido la *polis* y se comienza a desarrollar la idea de que los ciudadanos solo pertenecían de manera incidental a ésta. En este sentido, el valor moral del individuo no podía especificarse en función del criterio de pertenencia a una comunidad política⁸. El surgimiento de este cosmopolitismo se da en un contexto de oposición a un nacionalismo imperante⁹, pero también como respuesta a la pregunta de cómo transformarse en un ciudadano íntegro¹⁰. Aunque no se desarrolla de manera explícita, la igualdad es el valor que se encuentra en el

⁵ HELD, D. *Cosmopolitismo: ideales y realidades*. Traducción de Dimitri Fernández. Madrid: Alianza, 2012, pp.48-57. En el mismo sentido, véase: DOUZINAS, C. *Human Rights and Empire: the political philosophy of cosmopolitanism*. New York: Routledge, 2007, p.151.

⁶ No se trata, en este sentido, de una distinción que aluda a las especificidades de contenido de esta tradición filosófica, ya que solo permite comprender el contexto histórico del desarrollo de las propuestas. El análisis del contenido del cosmopolitismo se explicará en el apartado siguiente.

⁷ Se sitúa a Diógenes, en la antigua Grecia, como el primer expositor de esta filosofía, quien criticando la contraposición entre “nosotros” y los “otros”, indicó que lo que lo sustituía era el “cosmopolitismo” véase: BECK, U. *Poder y contrapoder en la era global*, op.cit., p.70.

⁸ HELD, D. *Cosmopolitismo: ideales y realidades*, op.cit., p.49.

⁹ HADAS, M. “From nationalism to cosmopolitanism in the greco-roman world”. *Journal of the history of ideas* 4, nº1 (1943): 105-111. Como señala Nussbaum, “nada más tratado en el estoicismo que el daño que causan las facciones y las lealtades locales a la vida política de un grupo. Según los estoicos, la deliberación política se ve sabotada una y otra vez por las lealtades partidistas, ya fueran éstas vinculadas a los actuantes predilectos en el Circo o la nación”, véase: NUSSBAUM, M. “Patriotismo y cosmopolitismo”. En: VV.AA, *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*. Barcelona: Paidós, 2013, p.27.

¹⁰ NUSSBAUM, M. “Patriotismo y cosmopolitismo”, op.cit., p.27.

trasfondo del pensamiento cosmopolita clásico: somos todos iguales pues somos ciudadanos del mundo, vivimos en un mismo *cosmos* compartido¹¹. El cosmopolitismo clásico, en este sentido, desarrolla una perspectiva vinculada a la ética y a la condición del ser humano.

Las prescripciones acerca de las consecuencias políticas y jurídicas de este pensamiento se desarrollan luego por Kant y son retomadas con mayor intensidad por el cosmopolitismo postwestfaliano¹². En este sentido, los antecedentes relacionados al concepto de constitucionalismo cosmopolita, si bien encuentran una inspiración en los principios éticos cosmopolitas de los antiguos, la vinculación de estos principios a formas jurídicas se encuentra por primera vez en Kant. Aunque Kant no fue el único en desarrollar ideas vinculadas al cosmopolitismo con posterioridad al legado estoico¹³, es situado como el exponente más relevante del cosmopolitismo en su sentido moderno, por desarrollar con profundidad las condiciones de posibilidad (políticas y jurídicas) de una perspectiva cosmopolita¹⁴. Como indica Llano, el ideario humanista, ilustrado y cosmopolita solo con Kant tuvo una fundamentación y formulación concreta y compleja¹⁵. Por otra parte, a diferencia de otros proyectos de la época (como los del Abate de Saint-Pierre), este se trata de un proyecto auténticamente cosmopolita, en el sentido de que no se encuentra centrado en los márgenes europeos¹⁶.

¹¹ HADAS, M. "From nationalism to cosmopolitanism in the greco-roman world", *op.cit.*, p.109.

¹² En este primer cosmopolitismo los estoicos no proponían la abolición de las formas de organización política locales y nacionales "su premisa era aún más radical: nuestra máxima lealtad no debe ser otorgada a ninguna mera forma de gobierno, ni a ningún poder temporal, sino a la comunidad moral constituida por la comunidad de todos los seres humanos", véase: NUSSBAUM, M. "Patriotismo y cosmopolitismo", *op.cit.*, p.26.

¹³ Algunas de estas ideas fueron elaboradas también por diversos pensadores de la Ilustración de corriente pacifista, por ejemplo, entre ellos encontramos al Abate de Saint-Pierre y Rousseau, véase: TRUYOL Y SERRA, A. "A modo de introducción: La paz perpetua de Kant en la historia del derecho de gentes". En: ARAMAYO, R., MUGUERZA, J. Y ROLDÁN, C. (Eds.). *La paz y el ideal cosmopolita de la ilustración. A propósito del bicentenario de hacia la paz perpetua de Kant*. Madrid: Tecnos, 1996, pp.17-29. Sin embargo, en estos autores no desarrollan aspectos tales como los de un "derecho cosmopolita" propiamente tal, véase: VILLEGAS, L. "Sobre la paz perpetua y el ideal cosmopolita: un diálogo entre Kant y Rousseau". *Estudios Políticos*, nº47 (2015): 18. En efecto, la consideración de Rousseau como un "cosmopolita" es aún un debate abierto, véase: NEIDLEMAN, J. "Rousseau's rediscovered communion des coeurs: cosmopolitanism in the reveries of the solitary Walker". *Political studies* 60, nº1 (2012): 76-94.

¹⁴ BROWN, G. "Moving from cosmopolitan legal theory to legal practice: models of cosmopolitan law". En: BROWN, G. Y HELD, D. (Eds.) *The cosmopolitanism reader*. Cambridge: Polity Press, 2010, p.249.

¹⁵ LLANO, F. *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*. Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", 2002, p.76.

¹⁶ *Ibidem*, p.79.

2.1 Bases filosóficas del cosmopolitismo kantiano: progreso moral de la humanidad y el rol del Derecho

Para comprender la propuesta kantiana, primero es necesario realizar algunos apuntes sobre las bases filosóficas sobre las que se asienta su propuesta de un derecho cosmopolita. Son relevantes en este contexto dos ideas: el progreso moral de la humanidad y el rol que Kant le asigna al Derecho en dicho progreso¹⁷. Estas bases filosóficas son relevantes, pues son tomadas en consideración por los constitucionalistas cosmopolitas contemporáneos como argumentos para formular sus propuestas.

En relación a la idea de progreso moral de la humanidad, hay que considerar que para Kant, la propia naturaleza conduce a la humanidad al Estado mundial¹⁸, y esto se logra porque el hombre es un ser al mismo tiempo social y antisocial. Tanto la solidaridad como las guerras y luchas de los hombres lo conducen a la unión¹⁹, pues la cultura y el orden social son fruto del antagonismo de nuestras tendencias egoístas²⁰. Esto es lo que Kant denomina la “insociable sociabilidad” del hombre²¹. La lucha tiene sus raíces en la naturaleza humana y pese a que el hombre es un ser social abierto a la asociación con los demás, hay en él una dimensión antisocial. Esta polaridad de concordia y discordia es, sin embargo, beneficiosa y conduce al progreso²². Por ello para Kant la paz no es un estado natural, sino una conquista de su voluntad consciente y, a la vez, producto de la concordia superior que se produce más allá de la voluntad de los interesados²³.

¹⁷ Sobre estas dos ideas como base para la propuesta kantiana sobre la paz perpetua, véase: ANSUÁTEGUI, F.J. “Kant, Rawls y la moralidad del orden internacional”. *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso*, nº47 (2002): 593-631.

¹⁸ TRUYOL Y SERRA, A. “Presentación”. En: KANT, I. *La paz perpetua*. Traducción de Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 2014 [1795], p.21.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ ARAMAYO, R., MUGUERZA, J., Y ROLDÁN, C. (Eds.). “Nota introductoria”. *La paz y el ideal cosmopolita de la ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la paz perpetua de Kant, op.cit.*, p.12.

²¹ Señala Kant: “El medio del que se sirve la naturaleza para llevar a cabo el desarrollo de todas sus disposiciones es el antagonismo de las mismas dentro de la sociedad, en la medida en que ese antagonismo acaba por convertirse en la causa de un orden legal de aquellas disposiciones” véase: KANT, I. *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*. Traducción de Concha Roldán y Roberto Rodríguez. Madrid: Tecnos, 1994 [1784], cuarto principio.

²² TRUYOL Y SERRA, A. “A modo de introducción: La paz perpetua de Kant en la historia del derecho de gentes”, *op.cit.*, p.21.

²³ *Ibidem*, p.28.

En este sentido, el rol del Derecho en la instauración de la paz para Kant es central. La paz debe ser instaurada, pero no solo por razones utilitarias (salir del estado de naturaleza) sino porque la paz es un imperativo de la razón²⁴. El Derecho es condición y meta del progreso de la humanidad²⁵. Para Kant, en la naturaleza humana -según lo explicado en relación a la “insociable sociabilidad”-, existe una tendencia hacia el derecho que acaba por doblegar ante sí al poder²⁶, estableciéndose un continuo progreso hacia una Constitución republicana, una federación de Estados y un derecho cosmopolita, como veremos a continuación.

2.2 Paz perpetua y derecho cosmopolita

La “*Paz Perpetua*” (principal obra del cosmopolitismo kantiano) está escrito como un tratado de paz. En ese sentido, la propuesta jurídica de Kant para alcanzar la paz perpetua adopta una forma jurídica, sugiriendo de esta manera que el ideal de paz entre los Estados es realizable si se siguen los artículos (preceptos y procedimientos), dispuestos en el tratado²⁷. Aunque la paz perpetua tiene seis artículos preliminares (que son las condiciones “negativas” para la paz), tres artículos definitivos y dos anexos, me centraré en el desarrollo de los tres artículos definitivos, que son aquellos donde Kant decanta su idea de un “derecho cosmopolita”. Estos tres artículos son a su vez la manifestación de tres tipos de “derecho” que se encuentra presente en la obra de Kant: el derecho nacional, el derecho de gentes (o internacional) y el derecho cosmopolita.

El primer artículo de este tratado y, por tanto, el primer nivel de juridificación, es aquel que se refiere a lo nacional o interno: “La Constitución política de todos los Estados debe ser republicana”²⁸. Para Kant esta Constitución debe estar regida por los siguientes principios: libertad de los hombres en una sociedad de seres humanos, la dependencia de todos ellos como súbditos a una legislación común y la igualdad de todos ellos como ciudadanos frente a las leyes. Considerando que estos artículos conducen, en definitiva, hacia la consecución

²⁴ *Ibidem*, p.22.

²⁵ ANSUÁTEGUI, F.J. “Kant, Rawls y la moralidad del orden internacional”, *op.cit.*, p. 597.

²⁶ *Ibidem*, p. 599.

²⁷ ABELLÁN, J. “Estudio de contextualización”. En: KANT, I. *La paz perpetua*, *op. cit.*, p. 25.

²⁸ KANT, I. *La paz perpetua*, *op. cit.*, p.17.

de la paz perpetua, corresponde preguntarse entonces ¿por qué esta Constitución es la que puede conducir a la paz? Kant argumenta de la siguiente manera:

“Si, como no puede ser de otra manera en esta Constitución, se requiere el consentimiento de los ciudadanos para decidir si debe haber guerra o no, nada es más natural que éstos se pensarán muy mucho antes de comenzar un juego tan maligno, puesto que ellos tendrían que decidir todos los sufrimientos de la guerra”²⁹.

De esta manera, Kant confía en el egoísmo racional de los ciudadanos que participan en las decisiones públicas³⁰.

El segundo artículo de la paz perpetua indica: “El derecho internacional debe basarse en una federación de Estados libres”³¹. Haciendo una analogía con la situación doméstica³², Kant advierte que los Estados -como los individuos- que se hacen daño unos a otros en su estado de naturaleza, pueden exigir a los otros en aras de seguridad, que entren con él en una Constitución similar a la de un Estado, en la que se le pueda garantizar a cada uno su derecho³³. Jurídicamente esto adquiriría la forma de una confederación de Estados. El fin de esta confederación no pretende recabar para sí un poder estatal, sino “conservar y garantizar para sí misma la libertad propia de un Estado y, a la vez, la libertad de los Estados confederados”³⁴. Para el autor, los Estados aceptan teóricamente la idea de un Estado mundial como la mejor fórmula para obtener la paz, sin embargo, siguiendo la premisa de que lo que “les parece correcto en la teoría lo rechazan en la práctica”³⁵, sostiene que sólo una confederación permanente y en continua expansión puede detener la fuerte predisposición hacia la injusticia y la enemistad. Además el autor advierte las dificultades de instaurar una

²⁹ *Ibidem*, p.20.

³⁰ ABELLÁN, J. “Estudio de contextualización”, *op.cit.*, p.27. Sin embargo, como destaca Habermas, Kant no contaba con un movilizador para la guerra y que se ha desarrollado con fuerza desde el S. XX: los nacionalismos, es decir, no pudo prever “que la movilización masiva de soldados conscriptos inflamados de sentimiento nacionalista podría conducir a una época de guerra, de liberación devastadoras”, véase: HABERMAS, J. “La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de doscientos años”. *Isegoría*, nº16 (1997): 66-67.

³¹ KANT, I. *La paz perpetua*, *op. cit.*, p.25.

³² Kant señala “Los Estados en sus relaciones recíprocas entre sí no tienen otro medio, según la razón, para salir de la situación sin leyes, que conduce a la guerra, que el consentir en leyes públicas coactivas, *de la misma manera* que los individuos entregan su libertad salvaje (sin leyes) y formar un Estado de pueblos (*civitas gentium*)” (el destacado es propio, véase: *Ibidem*, p.25). Sobre la analogía doméstica en el pensamiento kantiano, véase: BOTTICI, C. “The domestic analogy and the kantian project of perpetual peace”. *Journal of political philosophy* 11, nº4 (2003): 392-410.

³³ KANT, I. *La paz perpetua*, *op. cit.*, p.26.

³⁴ *Ibidem*, p.29.

³⁵ *Ibidem*, p.31.

“monarquía universal”, al generarse una ineficacia de las leyes (por aumentar los territorios a gobernar), así como el riesgo de desarrollarse un despotismo desalmado³⁶. En este sentido, se ha sostenido que la propuesta kantiana también tiene algunos componentes realistas³⁷.

Sin embargo, como advertirán sus críticos³⁸, el problema de la propuesta kantiana de una federación de Estados libres, es que carece de mecanismos jurídicos que garanticen la permanencia de los Estados. En este sentido, Kant confía en la autovinculación moral de los Estados para permanecer en la federación. Ésta sería el resultado del “secreto plan de la naturaleza” que conduce a la humanidad al progreso³⁹.

Finalmente, el tercer artículo de la paz perpetua, y que es el nivel jurídico que se relaciona de una manera más estrecha con este estudio, señala: “El derecho cosmopolita debe limitarse a las condiciones de hospitalidad general”⁴⁰. Este tercer nivel se refiere al “derecho cosmopolita” kantiano y da cuenta de la existencia de un tercer tipo de relación jurídica: entre los individuos y los Estados (es decir, no entre ciudadanos y Estado como en el nivel de la constitución republicana, ni tampoco entre Estados, como en el nivel del derecho de gentes). Para Habermas, aquí radicaría la principal novedad del aporte kantiano: la perspectiva de la existencia de un derecho común para toda la humanidad, liberado de los condicionamientos estatales o de la relación internacional entre Estados⁴¹.

Kant, sostiene que el derecho cosmopolita completa la trilogía jurídica que conduce a la paz perpetua. El principio fundamental de este derecho es la hospitalidad universal, es decir, el derecho de un extranjero de no ser tratado con hostilidad por el hecho de llegar a territorio de otro⁴². La hospitalidad universal no está concebida como un acto de filantropía,

³⁶ *Ibidem*, p.48.

³⁷ Como señala Arcos, “la prudencia que preside el diseño de la estructura de la federación de pueblos, así como los recelos mostrados a la instauración de una república mundial, son exponentes muy significativos del realismo que, junto a su innegable componente utópico, preside el proyecto cosmopolita kantiano”, véase: ARCOS, F. “Una lectura del cosmopolitismo kantiano”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº21 (2004): 23.

³⁸ HABERMAS, J. “La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de doscientos años”, *op. cit.*

³⁹ ROLDÁN, C. “Los ‘prolegómenos’ del proyecto kantiano de paz perpetua”. En: ARAMAYO, R., MUGUERZA, J., Y ROLDÁN, C. (Eds.). *La paz y el ideal cosmopolita de la ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la paz perpetua de Kant*, *op.cit.*, pp. 150-154 y ANSUÁTEGUI, F.J. “Kant, Rawls y la moralidad del orden internacional”, *op.cit.*, p. 603.

⁴⁰ KANT, I. *La paz perpetua*, *op. cit.*, p.32.

⁴¹ HABERMAS, J. *El occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*. Traducción de José Luis López. Madrid: Trotta, 2006, p.122.

⁴² KANT, I. *La paz perpetua*, *op. cit.*, p.33.

sino como un derecho derivado de la consideración de que nadie -originariamente- tiene más derecho que los demás a estar en un lugar determinado. La perspectiva cosmopolita kantiana, en este sentido, se asocia a una noción de pertenencia común de la superficie de la tierra por parte del género humano⁴³. Esta comunidad de los pueblos de la tierra es la que permitiría justificar para Kant el hecho de que:

“un derecho cosmopolita no [sea] una idea fantástica o extravagante del derecho, sino el complemento necesario de un código no escrito del derecho político y del derecho internacional para un derecho público de los hombres como tales, y de esta manera como un complemento necesario para la paz perpetua, pues sólo bajo esta condición podemos acariciar el estar en situación de acercarnos de manera continuada a ella”⁴⁴.

Para Kant el derecho cosmopolita se veía favorecido, en este sentido, no solo por su noción de pertenencia común de la superficie de la tierra, sino también por la existencia de una creciente interdependencia de las sociedades reforzada por el tráfico de personas, mercancías e información. En esto, Kant vería una tendencia hacia la asociación pacífica de pueblos⁴⁵.

De esta manera, en la propuesta de Kant podemos encontrar tanto motivos vinculados a la razón, como razones pragmáticas para sostener la institucionalización del cosmopolitismo⁴⁶. Desde la perspectiva del análisis ético el cosmopolitismo kantiano estaría basado en la igualdad de los seres humanos que, como miembros racionales del reino de los fines, tienen la exigencia de actuar de acuerdo a leyes universales⁴⁷. Por su parte, desde una perspectiva pragmática, el cosmopolitismo se vería favorecido y, a su vez, exigido por las relaciones de interdependencia entre los Estados entre sí y las personas. Como revisaremos a propósito de los argumentos para sostener la conexión entre constitucionalismo y

⁴³ En este sentido se retoma el legado de los estoicos referido a la concepción sobre la pertenencia de los humanos a un mismo *cosmos* compartido.

⁴⁴ KANT, I. *La paz perpetua*, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁵ Sin embargo, vuelve a advertir Habermas que Kant no contemplaba el hecho de la consecuente generación de clases que trae consigo la economía capitalista que decantó históricamente en actos contrarios a la paz, así como el desarrollo de un imperialismo belicista, véase: HABERMAS, J. “La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de doscientos años”, *op. cit.*, p. 67.

⁴⁶ En este sentido, como bien apunta Arcos, no es posible sostener que el cosmopolitismo kantiano solo esté basado en una especie de universalismo ético, sino que la institucionalización que propone obedece a diferentes fundamentos, véase: ARCOS, F. “Una aproximación al cosmopolitismo kantiano”, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁷ *Ídem*.

cosmopolitismo, las razones éticas y pragmáticas para sostener esta conexión confluyen de esta misma manera.

Las afirmaciones kantianas sobre el derecho cosmopolita y sobre el deber de hospitalidad, sin embargo, dejan abiertas muchas interrogantes que con el tiempo han ido siendo respondidas, dando diferentes interpretaciones a la propuesta kantiana⁴⁸. Por una parte, hay quienes sostienen que el derecho de hospitalidad kantiano es “light”, en el sentido de que solo justifica un derecho de visita y trato digno, pero no permite justificar otro tipo de relaciones entre los individuos y los Estados⁴⁹. Por otra parte, hay quienes ven en la propuesta kantiana un germen para lo que será en el futuro la codificación de los derechos humanos⁵⁰. Lo cierto es que, en todo caso, lo interesante de la propuesta kantiana en relación al debate contemporáneo sobre constitucionalismo cosmopolita, es la constatación de que más allá de la posibilidad de que los Estados puedan acordar la existencia de normas comunes, existen obligaciones recíprocas, deberes que tenemos los unos con los otros con independencia de nuestra membresía política, y que estos deberes no son filantrópicos, sino que corresponden a obligaciones jurídicas⁵¹. Kant supera el “techo” que hasta el momento había supuesto el *ius gentium* en el desarrollo del Derecho. La existencia de obligaciones que trascienden las fronteras son las que permiten establecer las bases para un derecho cosmopolita e inspiran el constitucionalismo cosmopolita contemporáneo.

⁴⁸ Un estudio sobre las diferentes interpretaciones de la propuesta kantiana desde la perspectiva del cosmopolitismo, en: HURREL, A. “Kant and the kantian paradigm in international relations”. *Review of international studies*, n°16 (1990): 183-205.

⁴⁹ SANTIAGO, R. “Ciudadanía cosmopolita y globalización. Una revisión del pensamiento kantiano”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n°9 (2009): 14 y REQUEJO, F. “Justicia cosmopolita y minorías nacionales. Kant de nuevo pero diferente”. *Claves de la razón práctica*, n°171 (2007): 37.

⁵⁰ En efecto, como destaca Waldron, el gran aporte de su propuesta consiste en percibir que el marco de convivencia de los pueblos, compuestos por personas con conceptos culturalmente diversos, no puede descansar en conceptos culturalmente comunes, sino que ha de ser creado por el derecho positivo, véase: WALDRON, J. “What is Cosmopolitan?” *The Journal of Political Philosophy* 8, n°2 (2000): 241.

⁵¹ ARCOS, F. “Una aproximación al cosmopolitismo kantiano”, *op. cit.*, p.28.

3. Las dimensiones del cosmopolitismo contemporáneo

Las ideas estoicas y kantianas que hemos desarrollado son retomadas en la década de los 90' en el contexto de la globalización⁵². Este sería el denominado cosmopolitismo “postwestfaliano” al que hacíamos referencia en la introducción. A diferencia de otros estudios que se comienzan a desarrollar en la década de los 90' para explicar el funcionamiento de la globalización (estudios de la globalización o estudios globales), el cosmopolitismo desarrollado a partir de esta década es heredero de una tradición filosófica que -como vimos- se remonta hasta la Grecia antigua y, en ese sentido, tiene un fuerte contenido prescriptivo. Si bien este cosmopolitismo vuelve a emerger en el contexto de la globalización, su objeto es cuestionarla y desarrollar nuevos conceptos que permitan realizar los principios cosmopolitas⁵³. Este cosmopolitismo se denomina “postwestfaliano” porque se desarrolla en un contexto de crisis del Estado-nación, del concepto de soberanía y de la manera de entender las relaciones internacionales⁵⁴. Las prescripciones centrales de este cosmopolitismo son, por una parte, el desarrollo de criterios de justicia a nivel global que puedan combatir las consecuencias negativas de la globalización para el ejercicio y goce de los derechos humanos y, por otra, la creación de instituciones y políticas destinadas a regular la globalización asumiendo el nuevo escenario de debilitación del Estado-nación. Este es el cosmopolitismo que estudiaremos en relación al concepto de constitucionalismo.

A diferencia de otros *ismos*, el cosmopolitismo abarca primariamente perspectivas de cómo deberían ser las cosas, no solo de cómo son, es decir, se trata de posturas esencialmente

⁵² Esta afirmación debe ser matizada, en todo caso, con la importancia de la obra kelseniana en relación al cosmopolitismo jurídico (véase: Kelsen, H. *La paz por medio del derecho*. Traducción de Luis Echavarrí. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2008 [1944]) y que es anterior al cosmopolitismo que se empieza a desarrollar con fuerza en la década de los 90'. Aunque la interpretación de Kelsen como un continuador de la obra de Kant en el cosmopolitismo jurídico puede ser controvertida (por ejemplo, porque la noción de “*civitas máxima*” se ha interpretado como una consecuencia de su visión lógico-formal de la unidad del Derecho donde su concepción de la universalidad no se justifica en criterios morales, sino únicamente en la vocación de unificación del sistema jurídico, o bien, también se ha interpretado como una manifestación de universalismo moral). Estas dos interpretaciones de la “*civitas máxima*” de Kelsen se pueden encontrar, respectivamente, en: GARCÍA SÁEZ, J.A. *Kelsen vs. Morgenthau. Paz, política y derecho internacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, p. 263 y ZOLO, D. “Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 36 (2002): 203.

⁵³ DELANTY, G. “The emerging field of Cosmopolitan studies”, *op.cit.*, pp.1-9.

⁵⁴ CORTÉS, F. Y PIEDRAHITA, F. *De Westfalia a Cosmópolis. Soberanía, ciudadanía, derechos humanos y justicia económica global*. Bogotá: Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Siglo del Hombre Editores, 2011, p. 226.

evaluativas y normativas⁵⁵. Como ideal filosófico -en general- los cosmopolitas sostienen un particular análisis que “replantea las habituales connotaciones de los discursos identitarios y, en especial, de las visiones de la alteridad, defendiendo como horizonte moral relevante la humanidad en su conjunto”⁵⁶. Aunque el cosmopolitismo, como veremos, tiene múltiples referentes, un aspecto común de esta propuesta teórica es la consideración de la relevancia de la humanidad como referente moral básico⁵⁷.

Pese a tratarse de una filosofía de larga data, no existe un consenso único acerca del contenido preciso de una propuesta cosmopolita⁵⁸. Sin embargo, existen tres elementos que son destacados por David Held como “característicos” de cualquier propuesta que se denomine cosmopolita: el individualismo igualitario, el reconocimiento recíproco y el razonamiento imparcial⁵⁹. El primer elemento establece que los individuos son las unidades últimas de incumbencia moral, el segundo implica reconocer que todas las personas tienen igual valor moral, mientras que la imparcialidad se refiere a que las demandas de todas las personas deben tener derecho a un examen imparcial de deliberación⁶⁰ o, en palabras de Pogge, “un criterio cosmopolita considera simétricamente a cada individuo humano incluido”⁶¹.

Pese a la existencia de estos elementos comunes, no existe un “único” cosmopolitismo, por lo que los estudios en la materia han desarrollado al menos tres clasificaciones para explicar su contenido. Por una parte, encontramos la taxonomía de Kleingeld, que distingue entre cosmopolitismo moral, político, cultural, económico y romántico⁶²; la clasificación propuesta por Pogge que se refiere a la existencia de un cosmopolitismo ético, de justicia

⁵⁵ POGGE, T. “Cosmopolitismo”. *Precedente*, (2010): 143 y DELANTY, G. “The emerging field of Cosmopolitan studies”, *op.cit.*, p.2.

⁵⁶ PÉREZ DE LA FUENTE, O. “Algunas estrategias para la virtud cosmopolita”. *Derecho y Libertades*, nº15 (2006): 71.

⁵⁷ SANTIAGO, R. “Ciudadanía cosmopolita y globalización. Una revisión del pensamiento kantiano”, *op.cit.*, p. 14.

⁵⁸ SCHEFFLER, S. “Conceptions of Cosmopolitanism”. *Utilitas* 11, nº3 (1999): 255.

⁵⁹ HELD, D. *Cosmopolitismo: ideales y realidades*, *op. cit.*, p.27. En el mismo sentido, Pogge se refiere a la existencia de un “individualismo normativo, imparcialidad, inclusividad total y generalidad”, véase: POGGE, T. “Cosmopolitismo”, *op.cit.*, p.149.

⁶⁰ HELD, D. *Cosmopolitismo: ideales y realidades*, *op. cit.*, p.27.

⁶¹ POGGE, T. “Cosmopolitismo”, *op. cit.*, p.149.

⁶² KLEINGELD, P. “Six varieties of cosmopolitanism in Late-Century Germany”. *Journal of the history of ideas*, nº 60 (1999): 505-524.

social, legal y monista⁶³ y; aquellos autores que dividen al cosmopolitismo en moral, político/jurídico y cultural⁶⁴. Respecto de estas clasificaciones, defenderé que la última de las clasificaciones propuestas es preferible por ser más comprensiva y explicativa de las dimensiones del cosmopolitismo contemporáneo⁶⁵.

Para Kleingeld, los seis tipos de cosmopolitismos propuestos no son mutuamente excluyentes y existen relaciones entre ellos. El cosmopolitismo moral sería aquel que encarna una particular visión de que los seres humanos forman parte de una unidad moral básica y que tienen obligaciones morales con otros seres humanos más allá de su pertenencia a una determinada nación, religión, raza, etc.⁶⁶ Por su parte, el cosmopolitismo político tendría dos manifestaciones: el cosmopolitismo federal internacional (propuestas referidas a un orden global cohesionado) y el cosmopolitismo legal (representado por la existencia de normas cosmopolitas, como el deber de hospitalidad kantiano)⁶⁷. El cosmopolitismo cultural estaría referido a aquellas propuestas que valoran especialmente la existencia de la diversidad cultural, mostrando una apertura a la comprensión por las diferentes culturas, pero sin caer en el relativismo⁶⁸. La autora destaca que esta manifestación es una variante del cosmopolitismo moral, pues presupone la existencia de un reconocimiento de la igualdad moral de los individuos. Finalmente, Kleingeld desarrolla el cosmopolitismo económico (o de mercado) y el cosmopolitismo romántico. El cosmopolitismo económico sería aquella propuesta que indica que el mercado económico debe convertirse en una esfera global única de libre comercio⁶⁹. Por su parte, el cosmopolitismo romántico buscaría rescatar la emoción,

⁶³ POGGE, T. "Cosmopolitismo", *op. cit.*

⁶⁴ ARCOS, F. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, pp.25-34 y BEITZ, C. "Cosmopolitanism and global justice". *The Journal of Ethics* 9, nº1-2 (2005): 11-27.

⁶⁵ Creo relevante detenerme en estas clarificaciones conceptuales, pues como señala Fernando Llano a propósito del cosmopolitismo, "es preciso circunscribir semánticamente el término 'cosmopolitismo' y acotar lo más posible su tipología. Esta exigencia metodológica me parece un requisito *sine qua non* para abordar con precisión un tema central de la filosofía jurídico-política contemporánea en el que [...] abundan conceptos indeterminados", véase: LLANO, F. "Cosmopolitismo y derechos humanos: el debate doctrinal en torno a la justicia global y la democracia universal en el S.XX". En: VV.AA. *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*. Tomo IV. Vol. II. Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", 2014, p. 399.

⁶⁶ KLEINGELD, P. "Six varieties of cosmopolitanism in Late-Century Germany", *op. cit.*, p. 507.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 514-515.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 515.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 518.

la espiritualidad y la conexión concreta de los seres humanos entre sí⁷⁰. Se trataría de un ideal vinculado a una comunidad espiritual global, de una humanidad unida por la fe, las emociones y la confianza⁷¹.

Uno de los problemas de la clasificación propuesta por Kleingeld es la inclusión -como una rama del cosmopolitismo- del cosmopolitismo económico y el romántico. El cosmopolitismo económico, en la forma descrita por la autora, no constituye más que una descripción del funcionamiento del orden económico liberal, pero no constituye una propuesta filosófica de cómo debería organizarse la sociedad teniendo como parámetro la humanidad como referente moral básico⁷². Por su parte, el cosmopolitismo romántico -en el ámbito contemporáneo- puede ser reconducido como una subespecie de cosmopolitismo moral, que -como veremos- si bien sigue considerando la relevancia moral de la humanidad y el establecimiento de deberes morales básicos, se aleja del tradicional cosmopolitismo moral (de origen kantiano y racionalista) y se acerca a un cosmopolitismo moral dialógico (basado en las emociones). En el mismo sentido anterior, la caracterización del cosmopolitismo cultural que se realiza por parte de la autora, no es más que una consecuencia de la asunción de un cosmopolitismo moral.

Pogge, es otro autor que propone una clasificación del cosmopolitismo. Para Pogge el cosmopolitismo puede ser descrito desde cuatro vertientes o perspectivas: cosmopolitismo ético, legal, de justicia social y monista. El cosmopolitismo ético, en un sentido similar al explicado por Kleingeld, serían aquellas propuestas que prescriben y evalúan la conducta humana fundamentadas en una concepción igualitaria de los intereses de todos los seres humanos⁷³. El cosmopolitismo de la justicia social, por su parte, no apuntaría a la evaluación de la conducta humana, sino de las instituciones sociales. El cosmopolitismo monista, por otro lado, propondría una mirada cosmopolita única, es decir, se unifica la moralidad

⁷⁰ *Ibidem*, p.521.

⁷¹ CATTAFI, C. "Las acepciones del término cosmopolitismo: una aportación a la taxonomía de Kleingeld". *Confines*, n°19 (2014): 24.

⁷² En el efecto, lo que sería denominado el "cosmopolitismo económico" ha traído consecuencias negativas para la aplicación de principios cosmopolitas a nivel global, en la medida en que la desregulación y apertura económica en algunos casos ha intensificado las desigualdades globales, sobre esta cuestión véase: PISARELLO, G. "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico". En: CARBONELL, M. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007, pp.159-184.

⁷³ POGGE, T. "Cosmopolitismo", *op. cit.*, p.144.

(individual e institucional), bajo un objetivo o estándar evaluativo común de carácter cosmopolita. Finalmente, el cosmopolitismo legal estaría representado para Pogge, por aquellas propuestas que propugnan orden político mundial de carácter cosmopolita. La categorización apuntada por Pogge se basa en destacar la escisión que se puede dar en relación a la moral, distinguiendo al cosmopolitismo de acuerdo a si las prescripciones morales están dirigidas a los individuos, instituciones sociales o al Estado⁷⁴. Esta clasificación no es problemática en sí, pero solo se centra en la dimensión ética de la propuesta cosmopolita, no incorporando el denominado cosmopolitismo cultural e identificando al cosmopolitismo legal con el cosmopolitismo político, que -como veremos-, si bien se encuentran relacionados, tienen un contenido propio.

La importancia de distinguir y desarrollar como manifestaciones diversas del cosmopolitismo su dimensión ética y su dimensión política/jurídica/institucional, es que quienes asumen una perspectiva cosmopolita en materia ética no necesariamente coinciden en la asunción de una propuesta cosmopolita institucional, así como aquellos que proponen un cosmopolitismo político no necesariamente lo hacen por razones morales⁷⁵.

En este sentido, esta clarificación conceptual entre ambas dimensiones del cosmopolitismo nos permite constatar que el cosmopolitismo político/jurídico puede estar basado tanto en razones éticas, como en otro tipo de fundamentaciones, por ejemplo, pragmáticas⁷⁶. Este será un aspecto a destacar cuando sean analizadas las propuestas contemporáneas sobre la posibilidad de un constitucionalismo cosmopolita.

Habiendo desarrollado algunos de los inconvenientes de las clasificaciones del cosmopolitismo propuestas por Kleingeld y Pogge, a efectos de este estudio se propone

⁷⁴ *Ídem*.

⁷⁵ Esto es reconocido por el mismo Pogge, quien señala: “En este punto un compromiso con el cosmopolitismo legal o de justicia social puede combinarse con un rechazo del cosmopolitismo ético: uno puede apoyar un Estado mundial (cosmopolitismo legal) y/o una concepción cosmopolita de la justicia social y simultáneamente negar que a los agentes humanos, aún más allá de sus responsabilidades con relación a las instituciones sociales, se les exija considerar de manera imparcial los intereses de todos los seres humanos en todo el orbe”, véase: *Ibidem*, p.145.

⁷⁶ Llano también se decanta por esta clasificación al destacar que analíticamente es aquella que permite analizar las propuestas contemporáneas del cosmopolitismo tomando en consideración las relaciones de complementariedad (o no) que se dan entre la perspectiva moral y político-jurídica, véase: LLANO, F. “Cosmopolitismo y derechos humanos: el debate doctrinal en torno a la justicia global y la democracia universal en el S.XX”, *op.cit.*, p. 406.

clasificar al cosmopolitismo atendiendo a la esfera o nivel donde opera: moral, político, legal y cultural. Una clasificación como la propuesta permite ilustrar que el panorama intelectual del cosmopolitismo es amplio y complejo, que se desarrolla en diversas esferas o niveles que son independientes (aunque con relaciones entre sí) y aborda (o intenta) describir al panorama contemporáneo del cosmopolitismo rescatando sus elementos definitorios.

3.1 Dimensión moral

El cosmopolitismo moral se basa en considerar que los seres humanos forman parte de una misma comunidad moral que trasciende cualquier tipo de frontera. En ese sentido, como miembros de una misma comunidad los seres humanos tendrían deberes morales respecto de sus congéneres con independencia de su raza, lengua, nacionalidad, religión, etc.⁷⁷ Aunque el cosmopolitismo moral tiene distintas variantes e influencias⁷⁸, es posible encontrar rasgos o aspectos comunes de las propuestas cosmopolitas en general que permiten caracterizarla. Estos elementos son los que constituyen lo que Pérez de la Fuente califica como “virtud cosmopolita”⁷⁹. En esta “virtud” podemos identificar dos características de la propuesta del cosmopolitismo: la igualdad moral de todos los individuos y la ética de la alteridad.

Por una parte, un elemento común a todas las definiciones es el principio según el cual la vida, los intereses, las necesidades, las expectativas o las pretensiones de todos los seres humanos tendrían un mismo valor⁸⁰. Como destaca Nussbaum, el ideal cosmopolita es aquel que considera que el compromiso moral de las personas abarca a toda la comunidad de seres humanos⁸¹. Pero la igualdad del valor moral de las personas no es algo exclusivo de los cosmopolitas. Lo exclusivo de los cosmopolitas es la aceptación de que este igual valor moral es el factor más relevante desde el punto de vista moral a la hora de tomar decisiones⁸². La

⁷⁷ ARCOS, F. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*, op. cit., p.25.

⁷⁸ Un estudio completo sobre las propuestas contemporáneas del cosmopolitismo moral puede encontrarse en ARCOS, F. “El cosmopolitismo con adjetivos: las alternativas sentimental y dialógica al globalismo liberal”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº28 (2013): 255-290.

⁷⁹ PÉREZ DE LA FUENTE, O. “Algunas estrategias para la virtud cosmopolita”, op.cit., 70-71. La virtud cosmopolita, en este sentido, “comprende una serie de prácticas y disposiciones morales que sirven para negar como fundamentación moral válida al etnocentrismo y, a la vez, negar la fundamentación moral válida al relativismo”, *Ibidem*, p.71.

⁸⁰ ARCOS, F. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*, op. cit., p.34 y LLANO, F. “Cosmopolitismo y derechos humanos: el debate doctrinal en torno a la justicia global y la democracia universal en el S.XX”, op.cit., p. 399.

⁸¹ NUSSBAUM, M. “Patriotismo y cosmopolitismo”, op.cit., p.14.

⁸² ARCOS, F. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*, op. cit., p.36.

defensa de los principios de igualdad moral de los individuos se defienden destacando que la cultura, la nacionalidad, la ciudadanía, etc. no pueden ser factores que contribuyan a otorgar preferencia moral a unos individuos por sobre otros⁸³.

Además, la propuesta cosmopolita supone asumir una ética de la alteridad⁸⁴ en el sentido de considerar la importancia del otro, reconociendo la otredad en un horizonte de igualdad asumida⁸⁵. La valoración del otro se logra a través de una distancia de la propia tradición, lo que supone valorar al otro sin abandonar la propia identidad⁸⁶. En este sentido, Nussbaum desmitificando las críticas dirigidas hacia el cosmopolitismo referidas a su incompatibilidad con la idea de “identidades” y, tomando como referencia a los estoicos, indica que asumir el cosmopolitismo no implica renunciar a las identificaciones locales, por el contrario, significa pensarnos como seres rodeados de “una serie de círculos concéntricos”, donde estaría el yo, la familia, los grupos locales, los conciudadanos, los compatriotas, etc. Alrededor de estos círculos estaría el mayor de todos, que es la humanidad completa⁸⁷.

Esta base común, sin embargo, tiene múltiples enfoques y manifestaciones en distintas versiones del cosmopolitismo moral. En este sentido, es posible realizar dos tipos de clasificaciones en relación a este cosmopolitismo: por una parte, en relación a su influencia filosófica o raíz histórica y, por otra, en atención a las temáticas que tratan. En relación a su influencia filosófica o raíz histórica es posible distinguir un cosmopolitismo ético racional y liberal (de raíz kantiana) y que tiene como sus principales exponentes contemporáneos a Nussbaum⁸⁸ y Habermas⁸⁹. Por otra, un cosmopolitismo catalogado como “dialógico” y que

⁸³ *Ídem*.

⁸⁴ Ética de la alteridad entendida como otorgar “valor moral genuino en el ejercicio de la sensibilización, reflexibilidad y aprendizaje a partir de la visión del otro”, PÉREZ DE LA FUENTE, O. “Algunas estrategias para la virtud cosmopolita”, *op. cit.*, p.86.

⁸⁵ BECK, U. *Poder y contrapoder en la era global*, *op. cit.*, p.72.

⁸⁶ PÉREZ DE LA FUENTE, O. “Algunas estrategias para la virtud cosmopolita”, *op. cit.*, p.82.

⁸⁷ NUSSBAUM, M. “Patriotismo y cosmopolitismo”, *op. cit.*, pp.27-28.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 21-37.

⁸⁹ El cosmopolitismo de Habermas será desarrollado en detalle en el capítulo II.

surge como una alternativa crítica al cosmopolitismo liberal⁹⁰. En este último, estas propuestas pueden ser leídas en los aportes de Benhabib⁹¹ y Appiah⁹², entre otros/as.

En relación a las temáticas específicas del cosmopolitismo moral, también es posible distinguir aquel que se preocupa especialmente de las dimensiones de la justicia distributiva a nivel global. La solidaridad cosmopolita intenta justificar porqué tenemos obligaciones respecto de otros que no son nuestros connacionales, es decir, justifica obligaciones que atraviesan las fronteras. Desde esta perspectiva, es posible distinguir entre un cosmopolitismo vinculado a los deberes para con la “humanidad” y un cosmopolitismo de la “justicia”⁹³. Mientras que el primero desarrolla la perspectiva de la solidaridad global vinculada a deberes universales (entre las que se encontrarían propuestas, por ejemplo, como las de Peter Singer⁹⁴), el cosmopolitismo de la justicia, representado, por ejemplo, por Thomas Pogge, fundamenta que el origen de las obligaciones se basa en constatar que estamos relacionados con los otros no sólo por nuestra pertenencia común a la “humanidad”, sino también porque somos “sostenedores y beneficiarios de un orden institucional global que contribuye sustancialmente a su empobrecimiento”⁹⁵. A diferencia de los cosmopolitas de los “deberes de humanidad”), este tipo de cosmopolitismo desarrolla su fundamentación basado en “deberes de justicia” derivados de responsabilidades comunes.

⁹⁰ Este cosmopolitismo surge como una crítica a la excesiva racionalidad e individualismo que se acusa que adolece el cosmopolitismo liberal, véase: ARCOS, F. “Universalismos cosmopolitas y derechos humanos”. En: VV.AA, *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, Vol. III. Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid, 2008, p.96. Desde la perspectiva de la teoría crítica, frente al cosmopolitismo liberal se ha planteado un concepto de “cosmopolitismo insurgente y subalterno”, véase: SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Nota introductoria y revisión de la traducción de Carlos Lema Añón. Madrid: Trotta-ILSA, 2009, pp. 566-611.

⁹¹ BENHABIB, S. *Another cosmopolitanism: hospitality, sovereignty and democratic iterations*. New York: Oxford University Press, 2006.

⁹² APPIAH, K.A. *Cosmopolitismo: la ética en un mundo de extraños*. Traducción Lilia Mosconi. Buenos Aires: Katz, 2007.

⁹³ ARCOS, F. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*, op. cit., pp.43-49.

⁹⁴ SINGER, P. “Poverty, Facts and Philosophies. A response to more than charity”. *Ethics & International Affairs* 16, nº2 (2002): 121.

⁹⁵ POGGE, T. “Moral universalism and global economic justice”. *Politics, philosophy & economics*, nº1 (2002): 50.

3.2 Dimensión institucional

El cosmopolitismo político/jurídico, tiene sus primeros desarrollos con el concepto del derecho cosmopolita kantiano y es retomado por los pacifistas jurídicos de postguerra en relación al debate sobre el rol del Derecho respecto a la guerra⁹⁶. Luego, es desarrollado en plenitud en la década de los 90' en el contexto de la globalización como respuesta a un escenario *postwestfaliano*, es decir, un panorama donde los Estados modernos comienzan a perder protagonismo en la toma de decisiones económicas, políticas, sociales, etc., y surgen nuevos actores en la esfera internacional (empresas transnacionales, terrorismo internacional, organismos internacionales, los individuos, etc.) Como destacan Cortés y Piedrahita, las teorías del cosmopolitismo político/jurídico se destacan por intentar ofrecer una respuesta institucional, política y normativa para la regulación de una globalización que aparece como injusta o cuyas consecuencias no han permitido alcanzar los objetivos de un mundo más justo. En este sentido, el cosmopolitismo jurídico/político, “elabora un diagnóstico y una serie de propuestas de reformas normativas e institucionales que, superando ese clásico marco estatal, permite regular la globalización, teniendo en el horizonte la realización de una idea clara de justicia”⁹⁷.

En este escenario se encuentran diversas propuestas que desarrollan ideas como las de una democracia o Constitución cosmopolita. En este sentido, es posible distinguir dentro de este enfoque, un cosmopolitismo “político” y uno “jurídico”. Mientras que el primero se preocupa especialmente de las posibilidades de la gobernanza mundial y de la integración de las personas en una misma *polis* compartida (con el consecuente desarrollo de ideas vinculadas a una “democracia cosmopolita”); el cosmopolitismo jurídico sería aquel que propone la traslación de los elementos del Estado de Derecho al plano global. Sin embargo,

⁹⁶ Además de Kelsen, a quien ya habíamos señalado como uno de los continuadores del cosmopolitismo jurídico con posterioridad a Kant, también podemos destacar en este ámbito a Norberto Bobbio, específicamente su obra: BOBBIO, N. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Traducción de Jorge Binaghi. Barcelona: Gedisa, 2000 [1979]. Tanto Kelsen como Bobbio se concentran en el rol que puede cumplir el derecho en relación a la guerra, siendo calificados en este sentido como “pacifistas jurídicos”, es decir como autores que plantean teorías que “conciben al derecho como un elemento esencial para la pacificación de las relaciones internacionales”, véase: GARCÍA SÁEZ, J.A. “El pacifismo jurídico en el siglo XX a través de las obras de Kelsen, Bobbio y Ferrajoli”. En: VV.AA. *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*. Tomo IV. Vol. II. Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2014, p.656.

⁹⁷ CORTÉS, F. Y PIEDRAHITA, F. *De Westfalia a Cosmópolis. Soberanía, ciudadanía, derechos humanos y justicia económica global*, op.cit., p.27.

ambos tipos de propuestas se encuentran íntimamente vinculadas, específicamente en torno al cuestionamiento que suponen a los conceptos clásicos del Estado moderno: soberanía y ciudadanía⁹⁸. La diferencia de las propuestas se basa básicamente en cómo se abordan estos conceptos y en los mecanismos institucionales que proponen para la realización de cada proyecto. Mientras el cosmopolitismo político opera en el campo de la gobernanza global, el cosmopolitismo jurídico se ocupa de la regulación de la globalización.

Los exponentes más relevantes del denominado cosmopolitismo político son David Held⁹⁹, Daniele Archibugi¹⁰⁰ y Otfried Höffe¹⁰¹. Estos autores desarrollan específicamente una propuesta basada en la posibilidad de una democracia cosmopolita, que se haga cargo de un diagnóstico que visibiliza la existencia de una escisión de la tradicional relación entre geografía, poder, política y democracia¹⁰². La globalización ha traído consigo la traslación de las esferas de decisión a distintos niveles y con consecuencias globales, existiendo complejas redes de poder político a nivel local, regional y global. En ese sentido, el gran problema es que “el vínculo entre el gobierno efectivo, el autogobierno y un territorio delimitado se ha roto”¹⁰³. Para ello Held propone un nuevo concepto de soberanía y ciudadanía. Mientras que la soberanía debe abarcar ámbitos entrelazados de autoridad pública (desligada de la idea de fronteras), el significado de la ciudadanía cambia hacia un orden mundial donde todas las personas tienen derechos y obligaciones equivalentes en las esferas cruzadas de toma de decisiones¹⁰⁴. En ese modelo los centros de deliberación y toma de decisiones van más allá de los territorios nacionales, existiendo diferentes niveles de autoridad dependiendo del tipo de problemas que se deben enfrentar¹⁰⁵. En definitiva, estas propuestas sugieren avanzar hacia una modificación y ampliación del *ethos* democrático.

Aunque el desarrollo de una democracia cosmopolita requiere de mayores arreglos institucionales, el cosmopolitismo político destaca la existencia de conferencias mundiales

⁹⁸ *Ibidem*, p.228.

⁹⁹ HELD, D. *Cosmopolitismo: ideales y realidades*, op.cit. y HELD, D. *La democracia y el orden global: del estado moderno al gobierno cosmopolita*. Traducción de Sebastián Mazzuca. Barcelona: Paidós, 1997.

¹⁰⁰ ARCHIBUGI, D. *The global commonwealth of citizens: toward cosmopolitan democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

¹⁰¹ HÖFFE, O. *Democracy in an age of globalisation*. Dordrecht: Springer, 2007.

¹⁰² HELD, D. *Cosmopolitismo: ideales y realidades*, op.cit., p.47.

¹⁰³ *Ibidem*, p.46.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp.103-104.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp.108-109.

donde se tratan asuntos de interés global como el medio ambiente, terrorismo o derechos de las mujeres, como ejemplos de un nuevo orden mundial donde hay un mayor dinamismo en las formas de interacción entre las personas y las estructuras de autoridad.

Por su parte, en el ámbito del cosmopolitismo jurídico contemporáneo encontramos las reflexiones de Ferrajoli¹⁰⁶, Habermas¹⁰⁷, KÜMM¹⁰⁸, Peters¹⁰⁹, entre otros¹¹⁰. Estas propuestas destacan por asignar un rol determinante al Derecho para poner límites al poder y regular la globalización. Como señalan Cortés y Piedrahita, aunque esta perspectiva es similar a la de la democracia cosmopolita, los defensores del cosmopolitismo jurídico “apuntan de manera especial a la capacidad del Derecho para regular la globalización contemporánea y sus múltiples problemas”¹¹¹. Un aspecto común de estas propuestas es el diagnóstico sobre la incapacidad del Estado-nación de garantizar de manera efectiva la paz y el goce y ejercicio de los derechos humanos. En este sentido, las propuestas de este tipo de cosmopolitismo tienen un componente prescriptivo que guarda una estrecha relación con un diagnóstico negativo de los efectos de la globalización. Las diferencias dentro del cosmopolitismo jurídico están dadas por la manera en que se debe institucionalizar el cosmopolitismo.

Descrito de esta manera, el cosmopolitismo jurídico es posible diferenciarlo del derecho internacional en general, en la medida en que este último ofrece una juridificación de las relaciones internacionales entre los Estados donde éstos últimos siguen siendo los protagonistas. Como destaca Held, el derecho cosmopolita se refiere a un ámbito legal distinto del ámbito de actuación de las leyes estatales o las leyes pactadas entre dos Estados para satisfacer sus intereses geopolíticos¹¹². El cosmopolitismo jurídico propone un sistema donde los individuos y no solo los Estados son titulares de derechos y obligaciones.

¹⁰⁶ Se presenta en detalle la propuesta de Ferrajoli en el capítulo II de este estudio.

¹⁰⁷ Se presenta en detalle la propuesta de Habermas en el capítulo II de este estudio.

¹⁰⁸ KÜMM, M. “The cosmopolitan turn in constitutionalism: an integrated conception of public law”. *Indiana Journal of global legal studies* 20, nº2 (2013): 605-628.

¹⁰⁹ PETERS, A. “The merits of global constitutionalism”. *Indiana Journal of global legal studies* 16, nº2 (2009): 397-411 y PETERS, A. “Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales”. En: AZNAR, M., GUTIERREZ, I. Y PETERS, A. (Eds.) *La constitucionalización de la comunidad internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 208-261.

¹¹⁰ SLAUGHTER, A. *A New World Order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004 y GLENN, P. *The Cosmopolitan State*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

¹¹¹ CORTÉS, F. Y PIEDRAHITA, F. *De Westfalia a Cosmópolis. Soberanía, ciudadanía, derechos humanos y justicia económica global*, op.cit., p.236.

¹¹² HELD, D. *Cosmopolitismo: ideales y realidades*, op.cit., p.96.

3.3 Dimensión cultural

El cosmopolitismo cultural, por su parte, se centra en cómo se conforma la identidad individual e insiste en la fluidez de la identidad, valiéndose del argumento del enriquecimiento cultural por la hibridación¹¹³. Waldron, quien ha desarrollado en mayor profundidad esta perspectiva del cosmopolitismo, se refiere a este como un estilo de vida, que se alimenta de las diversas culturas y está abierto a ellas¹¹⁴. Esto supone una valoración y apertura de formas de vida diferentes.

Esta perspectiva del cosmopolitismo mantiene una oposición a las dos visiones tradicionales que -desde la década de los 90'- habían aparecido como predominantes: el 'fin de la historia' y el 'choque de civilizaciones'¹¹⁵. El cosmopolitismo cultural plantea una tercera alternativa. El cosmopolita fomenta la diversidad cultural y aprecia una mezcla multicultural, y por otro lado, el cosmopolita rechaza un fuerte nacionalismo. Como señala Pérez de la Fuente, el cosmopolitismo niega como fundamentación válida al etnocentrismo, pero también al relativismo¹¹⁶. Este último punto es relevante, pues la apertura a otras culturas no implica un relativismo, ya que precisamente éste no precisa del diálogo intercultural. El cosmopolitismo cultural exige una interacción creativa de culturas, una exploración del trabajo compartido que nos permita arribar a acuerdos comunes¹¹⁷.

4. Las dimensiones del constitucionalismo

Para poder analizar el concepto de constitucionalismo cosmopolita, es necesario, al igual que con el cosmopolitismo, determinar conceptualmente a qué nos referimos cuando hablamos de "constitucionalismo". Este es un concepto problemático y con múltiples debates centrados en su función (como teoría, metodología o ideología)¹¹⁸ o denominación

¹¹³ ARCOS, F. *La justicia más allá de las fronteras: fundamentos y límites del cosmopolitismo*, op. cit., p.27. En el mismo sentido, Scheffler señala que este cosmopolitismo se destaca por la "fluidez de la identidad individual, la notable capacidad de las personas para forjar nuevas identidades utilizando materiales de diversas fuentes culturales y prosperar mientras lo hacen" SCHEFFLER, S. "Conceptions of Cosmopolitanism", op.cit., p.257.

¹¹⁴ WALDRON, J. "Minority cultures and the cosmopolitan alternative". *University of Michigan Journal of Law Reform* 25, nº3-4 (1992): 751-794.

¹¹⁵ DELANTY, G. "The emerging field of cosmopolitan studies", op.cit., p.6.

¹¹⁶ PÉREZ DE LA FUENTE, O. "Algunas estrategias para la virtud cosmopolita", op.cit., p.71.

¹¹⁷ DELANTY, G. "The emerging field of cosmopolitan studies", op.cit., p.6.

¹¹⁸ Sobre estos debates, se puede consultar la obra de Comanducci: COMANDUCCI, P. "Constitucionalismo: Problemas de definición y tipología". *Doxa*, nº34 (2011): 95-100 y COMANDUCCI, P. "Formas de (neo)

(constitucionalismo garantista, principialista, popular, etc.)¹¹⁹. En atención a que el objetivo de esta investigación no es el constitucionalismo propiamente tal, en este apartado solo caracterizaré los rasgos más importantes del constitucionalismo moderno y sus características contemporáneas (neoconstitucionalismo)¹²⁰. Esto permitirá contar con una base conceptual que permita evaluar con posterioridad si es posible elaborar un concepto de constitucionalismo cosmopolita sin abandonar el paradigma o lógica del constitucionalismo. Es decir, lo que se propone es un análisis del constitucionalismo cosmopolita que no se base en el uso retórico del término “constitucionalismo”, sino que aborde las posibilidades sustanciales de generar un proyecto de constitucionalismo a nivel global.

El constitucionalismo moderno, cuyo nacimiento se sitúa en el contexto de las revoluciones francesa, inglesa y norteamericana en el siglo XVIII, tiene como característica central la idea de limitación del poder por medio del Derecho (juridificación del poder político)¹²¹. Aunque esta no es una idea que haya surgido solo en esta época¹²², lo característico del constitucionalismo es generar un marco legal de carácter positivo y con carácter supremo, que tenga por objeto limitar el poder, pero que a la vez lo constituya y

constitucionalismo: un análisis metateórico”. En: CARBONELL, M. (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, pp.75-98.

¹¹⁹ Sobre las corrientes del constitucionalismo contemporáneo, puede consultarse: ALTERIO, M. “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, nº 8 (2014): 227-306. Sobre la distinción entre constitucionalismo garantista y principialista, véase: FERRAJOLI, L. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *Doxa*, nº34 (2011): 15-53.

¹²⁰ Utilizo esta expresión para referirme a las características del constitucionalismo contemporáneo, no al neoconstitucionalismo entendido como una teoría del Derecho. Como señala Prieto Sanchís, “aquí por neoconstitucionalismo no entenderé tanto un modelo ideal construido en sede teórica [...] sino más bien la forma de organización política que se viene abriendo paso en Europa desde mediados del siglo pasado”, véase: PRIETO, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p.107.

¹²¹ Como indica Ansuátegui, el constitucionalismo puede ser definido como una propuesta doctrinal en relación con la limitación del poder a través del Derecho. “Desde esta perspectiva, el constitucionalismo supondrá la última etapa de una historia larga en siglos que es en buena medida la de la (alguna) filosofía política en su intento de controlar y racionalizar el Poder”, véase: ANSUÁTEGUI, F.J. *Razón y voluntad en el Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson, 2013, p.225.

¹²² Como destaca Fioravanti, “el constitucionalismo pertenece por completo a la Edad Moderna, aunque en sus estrategias sean recurrentes problemas que se remontan a épocas anteriores, de origen antiguo y medieval. Precisando más, puede afirmarse que el constitucionalismo nace y se consolida en el contexto del proceso de formación del Estado moderno europeo”, véase: FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Traducción de Adela Mora y Manuel Martínez. Madrid: Trotta, 2014, p.9. Asimismo Aragón indica: “Es cierto que no existió en modo alguno, con anterioridad al S.XVIII, una práctica racionalizada del Estado ‘constitucional’, pero no es menos cierto que aquella idea de limitación al poder por el derecho, al menos para asegurar la permanencia de la forma política, era postulada por sectores del pensamiento jurídico y político europeo de los S. XVI y XVII”. ARAGÓN, M. “La Constitución como paradigma”. En: CARBONELL, M. (Coord.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, op.cit.*, p.29.

legítima. En este sentido, como señala Grimm, el constitucionalismo tiene como funciones legitimar, limitar y ordenar el poder¹²³. Fioravanti define al constitucionalismo como: “una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas”¹²⁴.

La limitación del poder y su ordenación se realiza mediante principios e instituciones jurídicas¹²⁵. En este sentido, el constitucionalismo constituye una aspiración de regulación normativa, sin pretender tampoco reemplazar a la política. Es un marco que permite la realización de decisiones políticas, sin tornarlas en innecesarias¹²⁶.

4.1 Limitar y legitimar el poder

El constitucionalismo, como señalábamos, nace como una filosofía de límites al poder vinculada con la necesidad del reconocimiento y garantía de espacios de libertad. En este sentido, la idea del constitucionalismo como filosofía de juridificación de los límites del poder está estrictamente vinculada a la idea de derechos¹²⁷. No se trata de una limitación al poder sin ningún fin más que la restricción de la arbitrariedad, sino que existe un propósito específico: la garantía de los derechos¹²⁸. Los derechos establecen qué es lo que el poder político puede (debe) y no puede (no debe) ordenar legítimamente¹²⁹. De esta manera, se sostiene que los derechos son límites al poder en un doble sentido: limitan porque impiden

¹²³ GRIMM, D. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Traducción de Raúl Sáenz y José Luis Muñoz. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p.28.

¹²⁴ FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*, op.cit., p.9.

¹²⁵ ANSUÁTEGUI, F.J. *Razón y voluntad en el Estado de Derecho*, op.cit., p.225.

¹²⁶ GRIMM, D. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, op.cit., p.33.

¹²⁷ Esta es la significación al reconocimiento de esferas de autonomía a que hace referencia Fioravanti. Si bien en un comienzo en el constitucionalismo moderno estas esferas de autonomía eran los estamentos y territorios, en el constitucionalismo contemporáneo son los derechos, véase: FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*, op.cit., p.9.

¹²⁸ Este sería un “constitucionalismo fuerte” utilizando la terminología propuesta por Comanducci. Como señala el jurista italiano, “el constitucionalismo débil es la ideología que requiere una Constitución solamente para limitar el poder existente, sin prever una específica defensa de los derechos fundamentales. El constitucionalismo fuerte (o liberal) es la ideología que requiere una Constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal”, véase: COMANDUCCI, P. “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, op.cit., p.77.

¹²⁹ AGUILÓ, J. “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”. En: CARBONELL, M. Y GARCÍA, L. (Eds.) *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010, p.251.

hacer al Estado, pero también porque le obligan a hacer¹³⁰. Esto implica además un cambio de paradigma en relación a la concepción del poder como absoluto y trae como consecuencia considerar que el poder es expresión de la soberanía, pero no por ello es ilimitado e indivisible¹³¹. Existe en esta comprensión del constitucionalismo una vinculación entre limitación del poder, derechos y soberanía¹³².

De acuerdo con lo anterior, es posible sostener que la juridificación de las formas del poder no solo contribuye a limitarlo, sino que en el modelo del constitucionalismo también lo legitima. En efecto, el reconocimiento de derechos al frente de la legitimidad de un sistema jurídico-político, supone que el respeto a los derechos juega un rol central en la justificación de la acción política y jurídica de una comunidad¹³³. Los derechos establecen bajo qué condiciones los/as ciudadanos/as están obligados/as a obedecer las normas de la comunidad. Es en este último sentido que se sostiene que el constitucionalismo tiene dos facetas: una de resistencia y una de participación. La faceta de resistencia está asociada a la idea de límites (no interferir en las esferas de autonomía), mientras que la participación supone la contribución del constitucionalismo a la creación de una comunidad política con una pertenencia común en base a estas normas¹³⁴.

Las características de resistencia y participación que tiene el constitucionalismo contemporáneo es el resultado de la confluencia de dos modelos históricos de constitucionalismo: el francés y el norteamericano¹³⁵. Mientras del modelo francés se hereda la participación (la Constitución se entiende como un programa transformador que

¹³⁰ ANSUÁTEGUI, F.J. *Poder, ordenamiento jurídico y derechos*. Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 1997, p.53.

¹³¹ FIORAVANTI, M. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez. Madrid: Trotta, 2001, p.86.

¹³² Como destaca Aragón: “La distinción entre poder constituyente y constituido, la representación política, las limitaciones temporal y funcional del poder son notas características del Estado constitucional, sin duda alguna, pero la más definitoria es la atribución al pueblo de la soberanía. Y como resulta que sólo un pueblo libre (compuesto por ciudadanos libres) puede ser soberano, el único modo de ‘garantizar dicha soberanía’ [...] es ‘asegurando’ los derechos fundamentales como límites al poder frente al poder de los gobernantes”, véase: ARAGÓN, M. “La Constitución como paradigma”, *op.cit.*, p.31

¹³³ AGUILÓ, J. “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, *op.cit.*, p.251.

¹³⁴ FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*, *op.cit.*, p.13.

¹³⁵ Sobre los modelos históricos de constitucionalismo puede consultarse la obra de Fioravanti y Blanco, véase: FIORAVANTI, M. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, *op.cit.*, y BLANCO, R. *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2010.

condiciona las decisiones colectivas mediante el reconocimiento de derechos), el modelo norteamericano incide en la comprensión del constitucionalismo como paradigma de fijación de las reglas del juego cuyo control tiene garantía jurisdiccional¹³⁶.

4.2 El constitucionalismo de los derechos

La Constitución es una herramienta del constitucionalismo, pero no se identifica con éste¹³⁷. La Constitución del constitucionalismo es aquella que tiene ciertas características que efectivamente permiten limitar al poder y generar condiciones para la garantía de los derechos fundamentales. Estas condiciones quedaron reflejadas en el artículo 16 de la Declaración Francesa de los derechos y deberes del hombre: “Una sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene Constitución”¹³⁸.

Para poder limitar efectivamente al poder, la Constitución del constitucionalismo contemporáneo tiene ciertos mecanismos de garantía (como la rigidez constitucional y procedimientos agravados de reforma) e irradia todo el ordenamiento jurídico. La Constitución del constitucionalismo a partir del S.XX es -además- una Constitución normativa. Se trata de una Constitución que expande su presencia en todo el ordenamiento jurídico, mostrando su influencia y condicionando de manera directa la actuación de los operadores jurídicos¹³⁹.

Pero la Constitución del constitucionalismo no solo se caracteriza por ser norma suprema, sino por tener determinados contenidos: los derechos. El constitucionalismo

¹³⁶ A esto alude también Roberto Blanco cuando caracteriza al constitucionalismo norteamericano como un “constitucionalismo jurídico” y al francés como un “constitucionalismo político”, véase: BLANCO, R. *El valor de la Constitución*, *op.cit.*, pp. 38-39.

¹³⁷ ANSUÁTEGUI, F.J. *Razón y voluntad en el Estado de Derecho*, *op. cit.*, pp.231-233. Sobre los distintos conceptos y acepciones de Constitución, véase: GUASTINI, R. “Sobre el concepto de Constitución”. En: CARBONELL, M. (Ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, *op.cit.*, pp.15-27.

¹³⁸ Estos elementos conformarían el significado liberal del concepto de Constitución concebida como un límite al poder político. Véase: GUASTINI, R. “Sobre el concepto de Constitución”, *op.cit.*, p.17. Es una expresión que, sin embargo, en el constitucionalismo contemporáneo tiene más elementos definitorios, como veremos a continuación.

¹³⁹ GUASTINI, R. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: CARBONELL, M. (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, *op.cit.*, pp.49-73.

contemporáneo se caracteriza por ser el “constitucionalismo de los derechos”¹⁴⁰. Esto quiere poner de manifiesto que el constitucionalismo contemporáneo utiliza como forma jurídica de limitación al poder la constitucionalización de los derechos, lo que trae consecuencias para el ordenamiento jurídico. Este tipo de constitucionalismo sería un “constitucionalismo fuerte”¹⁴¹ en un sentido material y formal. Desde el punto de vista material, la Constitución incorpora respuestas acerca de las preguntas quién manda y cómo se manda, sino también respecto a qué no puede mandarse y que sí debe mandarse. Desde un punto de vista formal, las normas constitucionales gozan de plena fuerza jurídica y se encuentran en la cúspide del ordenamiento jurídico¹⁴².

Siguiendo la caracterización propuesta por Prieto, el constitucionalismo de los derechos tiene los siguientes rasgos: a) el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución como norma suprema, b) la incorporación a la Constitución no solo de normas formales, sino también sustantivas que trazan límites negativos y positivos, c) la garantía judicial de la Constitución y la aplicación directa de la Constitución y, d) la rigidez constitucional¹⁴³. En definitiva, el entendimiento de un constitucionalismo de los derechos vinculado a la existencia de una Constitución normativa, implica fundamentalmente que la Constitución, además de ser ordenadora del poder, genera derechos y obligaciones inmediatamente exigibles¹⁴⁴. Al ser además la norma cúspide del ordenamiento, condiciona la validez de todos los demás componentes del ordenamiento jurídico y representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario¹⁴⁵.

Finalmente también podemos indicar como característica del constitucionalismo de los derechos, su vinculación y tensión con el concepto de democracia. Pese a que el constitucionalismo en sus inicios se encontró con la dificultad de tener una legitimidad basada en la igualdad soberana de todos los ciudadanos¹⁴⁶, a partir de la Constitución de

¹⁴⁰ Esta expresión es utilizada por Prieto Sanchís para referirse al estudio de las consecuencias de la presencia de los derechos fundamentales en las Constituciones, véase: PRIETO, L. *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

¹⁴¹ ANSUÁTEGUI, F.J. *Razón y voluntad en el Estado de Derecho*, op.cit., p. 227.

¹⁴² PRIETO, L. *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*, op. cit., pp.12-13.

¹⁴³ *Ibidem*, pp.25-32.

¹⁴⁴ PRIETO, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op.cit., p.111.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 116.

¹⁴⁶ Sobre esta evolución histórica consúltese: FIORAVANTI, M. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, op.cit., pp.142-164.

Weimar en 1919 la gran novedad del constitucionalismo es la democracia constitucional¹⁴⁷. En el modelo de democracia constitucional del constitucionalismo es posible encontrar una estrecha relación entre derechos, poder y democracia. Como señala Ansuátegui:

“[E]l Poder político democrático, que es por definición participado, es el único capaz de limitarse a través del reconocimiento de derechos fundamentales a los individuos. Es evidente, en este sentido, que la relación entre derechos fundamentales y Poder político no se articula de la misma manera si estamos pensando en un Poder político democrático o en un Poder de otro tipo”¹⁴⁸.

Al presentarse la Constitución del constitucionalismo como una constitución transformadora que pretende condicionar las decisiones de la mayoría, esto ha traído como consecuencia una tensión inmanente al constitucionalismo contemporáneo, que es la tensión entre democracia y constitucionalismo o entre democracia y derechos, por la limitación que suponen los derechos y su control judicial a las decisiones de las mayorías¹⁴⁹. Probablemente esta sea una de las críticas más sostenidas y extendidas al constitucionalismo contemporáneo¹⁵⁰. Esta tensión es consustancial al constitucionalismo en la medida en que se plantea como función limitar y a la vez legitimar el poder.

5. Los puntos de encuentro entre constitucionalismo y cosmopolitismo

Antes de analizar los puntos de encuentro entre constitucionalismo y cosmopolitismo en atención a la caracterización y conceptualización que se ha realizado en los apartados anteriores, es preciso apuntar la importancia del estudio de esta categoría conceptual. Como bien indica Brown, uno de los problemas de no estudiar de manera conjunta el constitucionalismo y el cosmopolitismo, ha sido la fragmentación que existe en la justificación de la instauración de un constitucionalismo a nivel global, generándose la consecuente apelación de la existencia de un constitucionalismo global basado en la

¹⁴⁷ FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, op.cit., p.55.

¹⁴⁸ ANSUÁTEGUI, F.J. “Derechos, constitución, democracia (Aspectos de la presencia de derechos fundamentales en las Constituciones actuales)”. En: VV.AA, *Derechos y Libertades en la Historia*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2003, p.168.

¹⁴⁹ ANSUÁTEGUI, F.J. “Sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia”. En: MORA, F. (Coord.) *Democracia: ensayos de filosofía política y jurídica*. México: Fontamara, 2014, pp.157-187.

¹⁵⁰ PRIETO, L. *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*, op. cit., p.33. La literatura sobre la objeción democrática es amplia, véase a modo de ejemplo en el debate iberoamericano, BAYÓN, J.C. “Derechos, democracia y Constitución”. En: CARBONELL, M. (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., pp.211-238.

identificación de tendencias y principios cosmopolitas y, por otra, en la proposición de la instauración institucional de principios cosmopolitas a nivel global. De esta manera, se desarrollan perspectivas que se denominan cosmopolitas pero no responden a la lógica del constitucionalismo o bien son constitucionalistas pero no se basan en principios cosmopolitas¹⁵¹.

En efecto, entre los autores que desarrollan teorías vinculadas al cosmopolitismo, hay una tensión entre aquellos que lo explican utilizando las categorías de la filosofía política y aquellos que asumen una perspectiva fundamentada en aspectos vinculados a la realidad de la globalización (justificaciones pragmáticas). Inglis, destaca que los primeros critican el desconocimiento de los pragmáticos de los aportes del cosmopolitismo antiguo y kantiano y, que los segundos se concentran en cuestionar el carácter “utópico” del cosmopolitismo de origen antiguo y kantiano¹⁵².

Sin embargo, como veremos a continuación, un buen ejemplo de la unión de ambas perspectivas (conceptual y pragmática) se encuentra en el concepto de constitucionalismo cosmopolita. Desde esta perspectiva, los puntos de conexión entre cosmopolitismo y constitucionalismo serán desarrollados, desde tres perspectivas, en relación a: a) la vocación expansiva, b) el carácter histórico y, c) prescriptivo del constitucionalismo.

5.1 Vocación expansiva del constitucionalismo

Desde la perspectiva conceptual, el constitucionalismo y el cosmopolitismo se encuentran conceptualmente en torno a la idea de la vocación expansiva del constitucionalismo¹⁵³. Esta vocación se da por el carácter expansivo de los derechos y su pretensión de universalidad¹⁵⁴.

¹⁵¹ BROWN, G. “Cosmopolitanism and global constitutionalism”. Comunicación presentada en ECPR General Conference, Praga, 7-10 de septiembre de 2016, pp. 1-9.

¹⁵² INGLIS, D. “Cosmopolitans and cosmopolitanism: between and beyond sociology and political philosophy”. *Journal of Sociology* 50, n°2 (2014): 99-100.

¹⁵³ ANSUÁTEGUI, F.J. “La dimensión expansiva del constitucionalismo: retos y exigencias”. En: VV.AA, *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. II. Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid, 2008, p.78.

¹⁵⁴ *Ídem*.

En este sentido, es posible sostener la vocación expansiva del constitucionalismo y, por tanto, su conexión conceptual con el cosmopolitismo en base a tres argumentos: a) la eficacia, b) perdurabilidad y, c) coherencia del proyecto del constitucionalismo. Si el proyecto del constitucionalismo de los derechos, basado en la pretensión de universalidad de los mismos pretende ser eficaz, coherente y perdurable en el tiempo, debe ser un proyecto cosmopolita.

En relación a la eficacia, es posible sostener que si los derechos tienen vocación de universalidad y el constitucionalismo es un proyecto destinado a limitar el poder para garantizar los derechos, su ideología debe trascender los márgenes del Estado-nación. Para que la universalidad de los derechos sea eficaz la lógica del constitucionalismo debe expandirse, “proponerse superar las fronteras estatales para construir un sistema de derechos que las trascienda y que se libere de los condicionamientos internos”¹⁵⁵. Se puede arribar a esta conclusión constatando que los derechos humanos pueden ser vulnerados por otros tipos de poderes (además del estatal)¹⁵⁶ y que hay ámbitos de su garantía que no pueden ser satisfechos solo por el Estado-nación¹⁵⁷. La justificación de la propensión cosmopolita del constitucionalismo basada en la eficacia del proyecto constitucionalista puede ser caracterizada como una justificación “pesimista”¹⁵⁸, en el sentido en que se concentra en las deficiencias del constitucionalismo estatal. En el mismo sentido, puede ubicarse aquella conexión basada en la necesidad de perdurabilidad del proyecto del constitucionalismo. Si el constitucionalismo aspira a ser un proyecto perdurable en el tiempo, debe adaptarse a las condiciones históricas que van moldeando su evolución para cumplir su vocación de limitación al poder. En el contexto de la globalización, conceptos como los de soberanía y ciudadanía asociados al Estado-nación se transforman en condicionantes que limitan la esfera de garantía de los derechos y justifican un control limitado del poder circunscrito al ámbito nacional¹⁵⁹. Además, la progresiva aparición de otros poderes con capacidad regulativa y esferas de normatividad desarrolladas en el ámbito privado supranacional, van desarrollando

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.84.

¹⁵⁶ LAFONT, C. “Responsabilidad, inclusión y gobernanza global: una crítica a la concepción estatista de los derechos humanos”. *Isegoría*, n°53 (2010): 416-417.

¹⁵⁷ ANSUÁTEGUI, F.J. “La propensione cosmopolita del costituzionalismo”. *Diritto e questioni pubbliche* 16, n°1 (2016): 17.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p.18.

¹⁵⁹ BRITO, R. *Constitucionalismo global*. México D.F.: Porrúa y Facultad de Derecho UNAM, 2005, p.115.

un “vacío de derecho público”¹⁶⁰ que exigen una expansión del constitucionalismo. En este sentido, la perdurabilidad del proyecto constitucionalista requiere de una transformación cosmopolita que permita que conceptos como el de ciudadanía no sean factores de exclusión para el cumplimiento de las metas del constitucionalismo¹⁶¹ y, por otra parte, que no se genere un vacío de derecho público en aquellas áreas que el constitucionalismo está abocado a regular: el poder y la producción normativa.

En relación a la coherencia del proyecto del constitucionalismo, se debe recordar que tanto el constitucionalismo como el cosmopolitismo comparten la fundamentación de las obligaciones en la igual consideración y respeto por todos los seres humanos¹⁶² (en el caso del cosmopolitismo moral para justificar obligaciones morales y en el caso del constitucionalismo para justificar la acción legítima del poder). En este sentido, un constitucionalismo coherente con su fundamentación, aspira a ser cosmopolita. Brown, criticando la falta de referencia al cosmopolitismo en los constitucionalistas globales actuales, nos recuerda que la conexión que existe entre cosmopolitismo y constitucionalismo se da por la coincidencia entre los pilares del constitucionalismo y el cosmopolitismo: la pregunta sobre la fuente de legitimidad de las obligaciones. La universalidad de los derechos, en este sentido, es el punto de conexión clave entre el cosmopolitismo y el constitucionalismo en relación a la necesaria coherencia de este último. Un constitucionalismo coherente con la idea de universalidad de los derechos, debe despojar a estos de todos los condicionamientos que impidan su efectiva garantía. Condicionamientos como la nacionalidad, ciudadanía o garantía nacional. La igual consideración de todas las personas transforma de esta manera al constitucionalismo en un proyecto esencialmente cosmopolita. Como destaca Ferrajoli¹⁶³, una de las mayores antinomias de nuestro tiempo ha sido la dicotomía entre derechos fundamentales y derechos humanos. En el mismo sentido, para Habermas, una concepción

¹⁶⁰ Sobre el denominado “vacío de derecho público” que ha ido generándose con la globalización, véase: *Ibidem*, p.129 y, fundamentalmente: FERRAJOLI, L. “La crisis de la democracia en la era de la globalización”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº39 (2005): 37-51 y FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2015.

¹⁶¹ BRITO, R. *Constitucionalismo global*, *op.cit.*, pp.126-127.

¹⁶² BROWN, G. “Cosmopolitanism and global constitutionalism”, *op.cit.*

¹⁶³ FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2010, p.32.

democrática del Estado constitucional puede y debe preparar el camino al estatuto de una ciudadanía cosmopolita perfilada a escala planetaria¹⁶⁴.

5.2 Carácter histórico del constitucionalismo

Desde la perspectiva histórica, es posible sostener que el punto de encuentro entre cosmopolitismo y constitucionalismo se da en el contexto de la llamada crisis del modelo de la paz de Westfalia, que se traduce en la pérdida de protagonismo de los Estados-nación como actores exclusivos de la esfera internacional y como entes autónomos e independientes para la producción de normas. Es a partir del diseño institucional que se da a partir de la postguerra, caracterizado por la utilización de ciertas estructuras del constitucionalismo (como la garantía jurisdiccional de los derechos), que nacen mecanismos de control y normas que trascienden al Estado-nación y lo limitan. El desarrollo de normas de derecho internacional de los derechos humanos es central en este proceso. La normativa internacional se complejiza y, por tanto, ya no se trata solo de justificar una legalidad internacional, sino una legalidad cosmopolita basada en derechos universales¹⁶⁵. Por otro lado, no solo las estructuras del constitucionalismo comienzan a trascender las esferas del estado-nación, sino que además el constitucionalismo de origen interno comienza a verse influido por las normas de origen internacional. Este fenómeno es descrito en los siguientes términos por Fioravanti:

“[L]o que sucede a mediados del s. XX tras la desaparición de los regímenes totalitarios y tras la trágica experiencia de la guerra y las políticas de exterminio es, en nuestra opinión, el comienzo de una progresiva y renovada ampliación de las fronteras del constitucionalismo, después de la reducción positivista a la sola vertiente del derecho estatal y nacional. En una palabra, lo que recobra vigor es la doble vocación histórica del constitucionalismo”¹⁶⁶.

Mientras que en la conexión conceptual entre constitucionalismo y cosmopolitismo hablábamos de la “vocación expansiva” del constitucionalismo vinculada a la idea de universalidad de los derechos, en este punto la conexión viene dada por el “carácter histórico” del constitucionalismo y que ha supuesto no eliminar la motivación de construir pertenencias comunes a las que confiar la garantía de los derechos y, por otra parte, ir ampliando los

¹⁶⁴ HABERMAS, J. *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Traducción de Juan Carlos Velasco y Gerard Vilar. Barcelona: Paidós, 2000, p.137.

¹⁶⁵ GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi: la lucha por el derecho internacional*, op.cit., p.153.

¹⁶⁶ FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*, op.cit., p.149.

derechos y su titularidad¹⁶⁷. Este desarrollo histórico ha llevado a la necesidad de ampliar las fronteras nacionales para el ámbito de garantía, así como a ampliar la titularidad universal de los derechos y su proyección geográfica. Esta sería una tendencia histórica irreversible¹⁶⁸.

Este desarrollo histórico del constitucionalismo es una manifestación también de lo que Glenn denomina la existencia de un Estado cosmopolita. Para Glenn, el Estado, su evolución jurídica y política es -de hecho- cosmopolita¹⁶⁹. Esta afirmación viene dada por la consideración de que el constitucionalismo, en perspectiva histórica, ha tenido también por objetivo equilibrar los intereses de los ciudadanos con el objetivo de encontrar parámetros comunes de actuación para la autoridad y que permitan la coexistencia pacífica. La articulación pluralista del constitucionalismo sería la base para sostener su conexión con el cosmopolitismo. Una de las cuestiones que ha caracterizado al constitucionalismo ha sido su vocación para dar una unidad de sentido que armoniza y hace congruentes las parcialidades¹⁷⁰. El constitucionalismo actual, en dicha vocación de unidad no solo debe articularse en relación al pluralismo nacional, sino también en relación a pertenencias comunes más amplias. El cosmopolitismo, en este sentido, requiere del constitucionalismo, en la medida en que se constituye como un espacio abierto para la convergencia de distintos proyectos jurídicos unidos por una base común: los derechos.

5.3 Carácter prescriptivo del constitucionalismo

Una cuestión que es un tópico común en el discurso en torno al constitucionalismo cosmopolita, sería su carácter “utópico” lo que no sería coherente con la exigencia de la vigencia del imperio del Derecho¹⁷¹. Sin embargo, esta crítica desconoce el “carácter prescriptivo” del constitucionalismo moderno¹⁷². En efecto, el constitucionalismo no opera sobre la base de una realidad pre-constituida que describe y regula, sino más bien sobre un acuerdo destinado a limitar el poder, disponiendo ciertos lineamientos que se van

¹⁶⁷ *Ídem*.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p.151.

¹⁶⁹ GLENN, P. “The Cosmopolitan State”. *Kansas Law review* 61 (2013): 735-752.

¹⁷⁰ BIDART, G. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003, p.84.

¹⁷¹ Veremos con detalle estas críticas en el capítulo III de este estudio.

¹⁷² Aunque cosmopolitismo y constitucionalismo tienen un carácter prescriptivo, hay que poner de manifiesto que el constitucionalismo, a diferencia del cosmopolitismo, es un dato de los sistemas jurídicos, es decir, no solo es un programa político, sino que también está reconocido jurídicamente.

construyendo también impulsados por el propio texto constitucional. El constitucionalismo elabora un lenguaje que pretende conformar una realidad, más que describirla¹⁷³. En este sentido, en esta tercera conexión entre cosmopolitismo y constitucionalismo podemos sostener que ambos son proyectos esencialmente normativos y en la medida en que el constitucionalismo aspira regular y legitimar el poder sobre la base de derechos universales, su vocación prescriptiva es también cosmopolita. Como destaca Ferrajoli, el constitucionalismo es también un proyecto político de futuro.

“ [L]as constituciones no sólo representan la culminación del estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes, incluso el legislativo, sino que también constituyen un programa político para el futuro: la estipulación de imperativos negativos y positivos dirigidos hacia los poderes públicos como su fuente de legitimación pero también, y diría sobre todo, de deslegitimación. Las constituciones son, por decirlo de alguna manera, utopías de derecho positivo, que aunque jamás serán realizables a la perfección establecen, sin embargo, en cuanto derecho sobre el derecho, las perspectivas de transformación del derecho mismo en la dirección de la igualdad en los derechos fundamentales”¹⁷⁴.

El carácter “prescriptivo” o de proyecto político de futuro que tiene el constitucionalismo se ve confirmado por su evolución histórica. El autor italiano pone de relieve la progresiva expansión del constitucionalismo tanto en los derechos que garantiza, como en las instituciones que consagra¹⁷⁵. Esta evolución histórica está en la misma lógica del constitucionalismo, que conforme va expandiendo su ámbito (para cumplir sus funciones), va adquiriendo características cosmopolitas¹⁷⁶.

6. Epílogo conceptual: constitucionalismo cosmopolita

Tanto el cosmopolitismo como el constitucionalismo son conceptos con un amplio desarrollo histórico, de contenido complejo y con diferentes acepciones y clasificaciones. En este capítulo se ha realizado una caracterización de ambos conceptos, destacando sus aspectos principales. En atención a estas explicaciones, se ofrecerá un concepto de constitucionalismo cosmopolita.

¹⁷³ PISARELLO, G. “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, *op.cit.*, p.180.

¹⁷⁴ FERRAJOLI, L. “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”. *Isonomía*, nº 16 (2002): 14.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p.17.

¹⁷⁶ Esto es lo que Ansuátegui denomina la “propensión cosmopolita del constitucionalismo”, véase: ANSUÁTEGUI, F.J. “La propensione cosmopolita del costituzionalismo”, *op.cit.*

Actualmente en el debate académico podemos encontrar referencias que indistintamente se refieren a un “constitucionalismo global”, “mundial” o “globalizado”¹⁷⁷. Creo correcto, en atención a lo que he desarrollado en los apartados anteriores, utilizar la expresión constitucionalismo cosmopolita para referirme a las propuestas referidas a la traslación (con distintos matices) de los principios e instituciones del constitucionalismo a nivel global con el objetivo de establecer las condiciones para el goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos en todo el mundo, pues no se trata únicamente de juridificar las relaciones internacionales (para ello podríamos utilizar el término derecho internacional), sino establecer límites al poder (que puede ser un poder estatal, supranacional o privado) y condiciones para su ejercicio, garantizando la efectividad universal de los derechos humanos. En el constitucionalismo cosmopolita, a diferencia del derecho internacional clásico, no son solo los Estados los protagonistas, sino principalmente los individuos. En este sentido, el constitucionalismo sería cosmopolita no solo en cuanto se propone establecer normas referidas a los ámbitos de actuación del poder más allá de las fronteras del Estado-nación, sino también porque estaría comprometido con la realización de ciertos principios de justicia cosmopolitas (vinculados a la idea de derechos humanos universales).

Por otra parte, la utilización de términos como “constitucionalismo global” o “mundial” trae consigo el riesgo de obviar el componente prescriptivo del cosmopolitismo¹⁷⁸, pues estos términos también han sido utilizados para hacer referencia a la realidad normativa global mercantil o para describir los efectos de la globalización en el Derecho. En este sentido, no dan cuenta de un proyecto jurídico-político inspirado en los principios del cosmopolitismo¹⁷⁹, y que es heredero de una tradición filosófico-jurídica que se remonta hasta la antigüedad. El denominado “globalismo” ha sido utilizado para explicar el fenómeno de interdependencia mundial basada en el libre comercio explicada como un fenómeno natural, sin embargo, también ha escondido bajo una apariencia de neutralidad una

¹⁷⁷ Sobre la multiplicidad de conceptos para abordar esta temática, véase: MAC AMHLAIGH, C. “Harmonizing Global Constitutionalism”. *Global Constitutionalism*, nº2 (2016): 173-206.

¹⁷⁸ CORTÉS, F. Y PIEDRAHITA, F. *De Westfalia a Cosmópolis. Soberanía, ciudadanía, derechos humanos y justicia económica global*, op. cit., p.226.

¹⁷⁹ PISARELLO, G. “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, op.cit., pp.159-184.

determinada ideología que implica la desregulación y liberación del poder¹⁸⁰, justamente en oposición a la ideología que inspira el constitucionalismo¹⁸¹.

La expresión “constitucionalismo global” también ha sido utilizada para describir el fenómeno referido a la constitucionalización de ciertos aspectos del derecho internacional. En este sentido, esta acepción -como destaca Brown- sería utilizada para describir para la realidad más que para establecer prescripciones globales¹⁸². Lo mismo ocurre con la constatación de que existen normas materialmente válidas en el territorio de un Estado que provienen de fuentes externas o la utilización de criterios interpretativos provenientes de tribunales extranjeros¹⁸³. Pero el constitucionalismo cosmopolita es un concepto esencialmente normativo (aunque se ayude de elementos descriptivos para justificar sus condiciones de posibilidad o tendencia expansiva, como los referidos anteriormente).

En este sentido, de acuerdo a lo explicado, el constitucionalismo cosmopolita es un concepto que además de no renunciar a su vocación eminentemente prescriptiva, reúne en sí dos tradiciones de la filosofía jurídico-política que tienen puntos de encuentro que permiten sostener su conexión conceptual e histórica.

¹⁸⁰ FARIÑAS, M.J. “De la globalización económica a la globalización del derecho: los nuevos escenarios jurídicos”. *Derechos y Libertades* 8 (2000): 179-194.

¹⁸¹ Respecto al constitucionalismo y el globalismo, Atienza señala: “mientras el primero supone básicamente el sometimiento del poder político al derecho y es de ámbito estatal, el segundo, por el contrario, supone más bien el sometimiento del poder político al económico”, véase: ATIENZA, M. “Constitucionalismo, globalización y derecho”. En: CARBONELL, M. Y GARCÍA, L. (Eds.) *El canon neoconstitucional*, op.cit., p.264.

¹⁸² BROWN, G. “Cosmopolitanism and global constitutionalism”, op.cit.

¹⁸³ GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, op.cit., p. 183 nota 74. En el mismo sentido, sobre la distinción conceptual entre constitucionalismo cosmopolita y el estudio de la “internacionalización del derecho constitucional” o la “constitucionalización del derecho internacional”, véase: BAYÓN, J.C. “El constitucionalismo en la esfera pública global”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 29 (2013): 58-59.

CAPÍTULO II: RECONSTRUCCIÓN ARGUMENTATIVA DEL CONSTITUCIONALISMO

COSMOPOLITA CONTEMPORÁNEO

1. Introducción

Una vez delimitado el concepto de constitucionalismo cosmopolita, en este capítulo se reflejará el estado actual del debate sobre este concepto, a través de la revisión de sus principales referentes intelectuales. Este ejercicio permitirá identificar los fundamentos comunes de las propuestas, así como sus principales diferencias. El análisis tiene como objetivo reconstruir argumentativamente al constitucionalismo cosmopolita en el debate contemporáneo¹⁸⁴.

El panorama intelectual que trata los temas del cosmopolitismo y el constitucionalismo es amplio y diverso. Por ello, para realizar una reconstrucción del debate contemporáneo sobre el constitucionalismo cosmopolita –sobre la base conceptual desarrollada en el capítulo I- se requiere especificar adecuadamente los fundamentos de la selección de los referentes intelectuales que se pondrán en debate.

En primer lugar, se han seleccionado autores que realizan un esfuerzo por desarrollar la dimensión jurídico-constitucional del cosmopolitismo, es decir, que incorporan la dimensión constitucional entendida como la limitación del poder mediante el Derecho. Desde esta perspectiva, hay algunas referencias que serán excluidas de este análisis, como por ejemplo, aquellos autores de lo que se ha caracterizado como “cosmopolitismo político”¹⁸⁵, por tratarse de referentes que centran su análisis en la formación de una comunidad política global, pero no -necesariamente- en la juridificación del orden mundial mediante el paradigma constitucionalista. De esta manera, se excluyen también de este análisis aquellas

¹⁸⁴ En este sentido, el análisis está pensado fundamentalmente en la reconstrucción de los supuestos que -desde la filosofía (política y jurídica) y la realidad-, justifican un constitucionalismo cosmopolita. Otras reconstrucciones sobre el constitucionalismo cosmopolita se han realizado desde otros marcos de referencia, por ejemplo, distinguiendo sus énfasis de fundamentación desde el derecho internacional público, véase: SCHWÖBEL, C. “Situating the debate on global constitutionalism”. *International Journal of Constitutional Law* 8, n° 3 (2010): 611-635 (quien distingue entre constitucionalismo social, institucional, normativo y analógico).

¹⁸⁵ Aquí podemos encontrar las propuestas de autores como David Held, Daniel Archibugi o Otfried Höffe que mencionamos en el capítulo I, véase *supra* notas 99, 100 y 101.

propuestas que aunque han sido referentes tradicionales en el debate sobre la construcción de un derecho cosmopolita, son insuficientemente cosmopolitas¹⁸⁶.

En segundo lugar, otro aspecto común de los autores seleccionados, es su vocación por buscar motivaciones conceptuales y empíricas para justificar un constitucionalismo cosmopolita. Siguiendo la línea marcada por Kant, quien buscó tanto razones pragmáticas (vinculadas a las tendencias que evidencian un tránsito hacia el cosmopolitismo), como motivos vinculados a la razón, me referiré a autores que desarrollan (o al menos lo intentan) una comprensión del constitucionalismo cosmopolita realizando conexiones entre estas dos perspectivas¹⁸⁷. Se trata posiciones prescriptivas, que no se limitan a describir o sistematizar las normas vigentes, sino que se proponen fundamentalmente sugerir criterios referidos a la legitimidad. Pero a la vez, este tipo de propuestas tampoco se derivan tan sólo de consideraciones estrictamente conceptuales, sino que también responden a condiciones socio-económicas del mundo contemporáneo, “el cosmopolitismo puede entenderse ciertamente como un programa normativo inherente a los presupuestos ilustrados de la

¹⁸⁶ Aquí podríamos mencionar el caso de John Rawls. En efecto, este autor no aborda una perspectiva jurídica del orden internacional y mucho menos de derecho cosmopolita (GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, op.cit., p.157). Como señala el propio autor, el ‘derecho de gentes’ es ante todo una “concepción política particular de la equidad y la justicia que se aplica a los principios y normas del derecho internacional y su práctica” (RAWLS, J. *El derecho de gentes y una “revisión de la idea de razón pública”*. Traducción de Hernando Valencia. Barcelona: Paidós, 2001, p. 13). No se trata entonces de una propuesta respecto al orden legal, sino más bien se trata de principios políticos. Pero además de ser una propuesta insuficientemente constitucionalista, cabe destacar su distancia con el cosmopolitismo (aunque mantenga influencias kantianas, véase: ANSUÁTEGUI, F.J. “Kant, Rawls y la moralidad del orden internacional”, op.cit., pp. 593-631). Esto se da por dos circunstancias: en primer lugar, en la posición original no se encuentran todos. Se excluye tanto a los individuos, como a los representantes de los Estados que no son considerados “decentes” o a los representantes de las sociedades desfavorecidas. La limitación de los actores elegidos para el contrato hace que no se cumpla con uno de los principales principios del cosmopolitismo: considerar a la humanidad en su conjunto como agente básico. Como señala García Pascual, “Rawls vacía de contenido el derecho cosmopolita, ya que no considera a la humanidad un contexto adecuado para el contrato social” (GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, op.cit., p.169). En segundo lugar, la propuesta de Rawls dista de ser cosmopolita por tratarse de una teoría eminentemente descriptiva que busca encontrar mínimos en una sociedad altamente compleja, alejándose de pretensiones ideales. Como analiza McCarthy, “[Rawls] concede demasiada facticidad a expensas de la validez. Esto es, disminuye de manera alarmante los fundamentos normativos de la crítica social. En último término parece deseoso de poner fuera de juego, como prejuicios hacia las culturas no liberales, hasta el axioma básico liberal del igual valor de todos los seres humanos. Y, consecuentemente, no propone una concepción del derecho de los ciudadanos del mundo” (MC CARTHY, T. “Unidad en la diferencia: reflexiones sobre el derecho cosmopolita”. *Isegoría*, nº16 (1997): 55).

¹⁸⁷ Siguiendo a Diggelman y Altwicker, en su clasificación de las estrategias de justificación del constitucionalismo global, estaríamos frente a aquellas estrategias que ellos denominan “ético-pragmáticas”, véase: DIGGELMAN, O. Y ALTWICKER, T. “Is there something like a constitution of international law?” *Heidelberg Journal of International Law*, nº68 (2008): 639.

modernidad. La adecuación normativa no es, sin embargo, el único punto de vista para evaluar el proyecto cosmopolita. No es sólo un programa normativo y un implícito diagnóstico de la época, sino también un programa práctico”¹⁸⁸.

Esta aproximación permite reconstruir el debate lejos de aquellas proposiciones que son una reconstrucción conceptual de procesos empíricos¹⁸⁹ o son versiones exclusivamente normativas¹⁹⁰.

2. Jürgen Habermas y la constelación posnacional

El filósofo alemán, por primera vez se refiere a la posibilidad de un constitucionalismo cosmopolita con ocasión de sus escritos en conmemoración de los 200 años de la “*Paz Perpetua*” de Kant. En el texto “*La idea kantiana de paz perpetua desde la distancia histórica de 200 años*”¹⁹¹ Habermas retoma los postulados de Kant desde una perspectiva crítica, señalando que en el contexto actual es necesario retomar sus propuestas, pero que es imperativo reformular algunos conceptos y adecuar su desarrollo a nuestro momento histórico. En este sentido, Habermas intenta formular una propuesta que se encuentre en un punto medio entre posiciones realistas y aquellas que se conforman con la imposición por parte de superpotencias de estándares de “pacifismo moral”¹⁹². Estas serían las dos opciones que “escinden” a Occidente y respecto de las cuales el autor busca escapar mediante una propuesta que, rescatando las ideas kantianas, es -a grandes rasgos- un proyecto de sometimiento del poder al Derecho¹⁹³.

¹⁸⁸ VELASCO, J.C. *Habermas: el uso público de la razón*. Madrid: Alianza Editorial, 2013, p. 180.

¹⁸⁹ Esto ocurre con propuestas como las de Peters, Slaughter y Kümm, quienes constatan la existencia de interdependencias entre los niveles constitucionales domésticos e internacionales, explicando la configuración actual del orden internacional a partir de la reconstrucción teórica de procesos empíricos, véase *supra* notas 108, 109 y 110.

¹⁹⁰ Esto ocurriría con propuestas como las de Koskeniemi, quien vacía al cosmopolitismo de su vinculación con los derechos humanos y lo sitúa como un espacio vacío donde ninguna posición es excluida *a priori* (véase, KOSKENIEMI, MARTTI. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005). Esta sería una forma de cosmopolitismo en la medida en que se sostiene un derecho que trasciende fronteras, pero se opone a la noción de constitucionalismo basada en derechos con que se trabajará en esta investigación, véase: GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, *op.cit.*, p. 240.

¹⁹¹ HABERMAS, J. “La idea kantiana de paz perpetua desde la distancia histórica de 200 años”, *op.cit.*

¹⁹² HABERMAS, J. *El occidente escindido*, *op.cit.*, p. 115.

¹⁹³ ARTETA, M. *La constitucionalización cosmopolita del Derecho Internacional: una reconstrucción crítica de la propuesta de Jürgen Habermas*. Tesis doctoral Universidad de Valencia, 2014, p. 247.

La obra habermasiana referida al constitucionalismo cosmopolita no ha sido desarrollada de manera sistemática¹⁹⁴, sino que debe ser entendida realizando la lectura conjunta tanto de los textos específicos que sobre esta materia tiene el autor¹⁹⁵, como interpretando estos textos a la luz de su teoría general del Derecho y la democracia¹⁹⁶. Desde esta perspectiva, es posible sostener que el planteamiento del autor alemán sobre esta materia se encuentra aún en formación y constante evolución no solo a la luz de los acontecimientos mundiales, sino también a partir de los elementos que va identificando como débiles en su planteamiento y que va desarrollando progresivamente.

El recorrido que se ofrece a continuación de la perspectiva habermasiana del constitucionalismo cosmopolita, partirá en primer lugar, por el análisis de la perspectiva de Habermas de la actualidad del proyecto kantiano. A continuación, se enunciarán los rasgos - que en concepto del autor- se identifican para sostener un contexto que evidencia un tránsito hacia un derecho cosmopolita y sus condiciones de plausibilidad. Finalmente, utilizando el marco teórico desarrollado en el capítulo I, se realizarán las conexiones conceptuales que vinculan a Habermas con el constitucionalismo y el cosmopolitismo.

¹⁹⁴ Una reconstrucción de la teoría de Habermas en relación al cosmopolitismo puede ser leída en: *Ibidem* y CHERNILO, D. “Universalismo y cosmopolitismo en la teoría de Jürgen Habermas”. *Estudios políticos*, n°106 (2007): 175-203.

¹⁹⁵ HABERMAS, J. “La idea kantiana de paz perpetua desde la distancia histórica de 200 años”, *op.cit.*; HABERMAS, J. *La inclusión del otro*, *op.cit.*; HABERMAS, J. *La constelación posnacional. Ensayos políticos*. Traducción de Pere Fabra, Daniel Gamper y Luis Pérez. Barcelona: Paidós, 2000; HABERMAS, J. *Tiempo de transiciones*. Traducción de Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2004, pp. 91-137; HABERMAS, J. *El occidente escindido*, *op.cit.*, pp.113-187; HABERMAS, J. *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*. Traducción de Daniel Gamper. Buenos Aires: Katz, 2008; HABERMAS, J. *¡Ay Europa!*. Traducción de José Luis López, Pedro Madrigal y Francisco Javier Gil. Madrid: Trotta, 2009, pp. 107-126; HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*. Traducción de Javier Aguirre. Madrid: Trotta, 2012, pp. 39-91; HABERMAS, J. “The crisis of the european unión in the light of a constitutionalization of international law”. *The European Journal of Internacional Law*, n°2 (2012): 335-348; HABERMAS, J. “Un alegato a favor de la constitucionalización del derecho internacional”. En: GARCÍA, L. Y FABRA, J. (Eds.) *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones Fundamentales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015, pp.137-147; HABERMAS, J. “¿Es posible una Constitución Política para la sociedad mundial pluralista?”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n°50 (2016): 303-315 y; HABERMAS, J. *En la espiral de la tecnocracia*. Traducción de David Hereza y Fernando García. Madrid: Trotta, 2016, pp.57-91.

¹⁹⁶ Para una reconstrucción de la teoría de Habermas sobre el Derecho y la democracia se utilizó para este estudio como referencia general su obra “Facticidad y validez” (HABERMAS, J. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2005), así como obras secundarias sobre el autor, principalmente los estudios de Juan Carlos Velasco: VELASCO, J.C. *Habermas: el uso público de la razón*, *op.cit.*, VELASCO, J.C. *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000 y, VELASCO, J.C. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

2.1 Habermas y la revisión a Kant

Las críticas de Habermas a la obra de Kant (*La paz perpetua*) abordan dos aspectos: conceptuales e históricos.

Desde la perspectiva conceptual, Habermas critica principalmente la conceptualización jurídica del orden cosmopolita realizada por Kant. Por una parte, es crítico respecto al hecho de que Kant confíe únicamente a la “auto-vinculación moral” de los Estados su compromiso para la mantención de la paz perpetua¹⁹⁷. Por otra parte, es crítico en relación a lo que él llama una inconsistencia lógica de la propuesta kantiana (que plantea una analogía con la situación interna, pero luego se conforma con una federación de Estados que deja intacta la soberanía de los estados). Este problema se da porque habría un error en la forma en que Kant plantea la analogía doméstica y, además, porque Kant realiza una conexión conceptual entre soberanía, Constitución, Estado y momento constituyente revolucionario, que es una conexión conceptual basada en circunstancias históricas, pero que es tan solo contingente¹⁹⁸.

En relación a la “analogía doméstica” que realiza Kant respecto a la juridificación de un orden mundial cosmopolita, Habermas sostiene que esta es una analogía engañosa¹⁹⁹, pues los Estados, a diferencia de los individuos que se encuentran en un estado de naturaleza, están conformados por ciudadanos/as que ya están sometidos/as a ciertas leyes y cuentan con derechos y libertades y con un proceso de formación política. Por el contrario, los individuos del estado de naturaleza no tenían nada que perder, salvo el miedo del choque de sus libertades. Por ello, para Habermas la situación no es “análoga”, sino más bien complementaria²⁰⁰. El tránsito del derecho internacional hacia el derecho cosmopolita no puede proseguir en línea recta como propone Kant²⁰¹. A diferencia del estado de naturaleza, en el tránsito hacia el derecho cosmopolita hay una comunidad de Estados que si se encuentran constituidos (aunque débilmente), por lo que el camino exige la

¹⁹⁷ HABERMAS, J. “La idea kantiana de paz perpetua desde la distancia histórica de 200 años”, *op.cit.*, p.64.

¹⁹⁸ HABERMAS, J. “¿Es posible una Constitución política para la sociedad mundial pluralista?”, *op.cit.*, pp. 304-306.

¹⁹⁹ HABERMAS, J. *El occidente escindido*, *op.cit.*, p. 126.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 127.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 129. Esto se sostiene también porque –a diferencia del “primer estado de naturaleza”– en el “segundo estado” habrían diferentes tipos de actores: estatales e individuales. Tanto los Estados como los individuos deben ser actores que deben entrar en el “nuevo contrato” y darse una Constitución política mundial, véase, *Ibidem*, p. 132 y HABERMAS, J. *¡Ay Europa!*, *op.cit.*, p.116.

complementariedad de esas formas con órganos de legislación y aplicación del derecho con capacidad de sanción²⁰². Como veremos más adelante, esta constatación hace que el modelo que propone Habermas difiera de la mera traslación de las instituciones del Estado constitucional al plano internacional (es decir, se aleja del modelo de la analogía doméstica).

Otro elemento que para Habermas permite explicar las contradicciones del modelo jurídico cosmopolita kantiano, es la unión conceptual que realiza entre soberanía, pueblo y Estado. Habermas sostiene que Kant no concibió de una manera “suficientemente abstracta” el tránsito del desarrollo de un derecho internacional a un derecho cosmopolita, identificando precipitadamente esta idea con una república mundial. El modelo kantiano, influido por el centralismo de la república francesa, concebía una visión de la indivisibilidad de la soberanía estatal unida a un concepto de pueblo homogéneo²⁰³. Para Habermas esta concepción es “demasiado estrecha”²⁰⁴ y no permite pensar en modelos alternativos donde la soberanía puede ser compartida, existiendo cadenas de legitimación conectadas en paralelo. Como veremos más adelante, la concepción de soberanía compartida es central para la construcción del modelo cosmopolita en Habermas.

Finalmente, en cuanto a las circunstancias históricas, Habermas pone énfasis en que la propuesta kantiana que ve una tendencia favorable hacia la asociación pacífica en el libre comercio, desconoce tres elementos que se han ido desarrollando y que son fundamentales para la comprensión y construcción de un orden cosmopolita en la actualidad: el surgimiento de los nacionalismos, el desarrollo del capitalismo, la generación de una esfera pública controlada por los medios de masas, el potencial dañino de las divisiones religiosas y la consideración de las diferencias culturales²⁰⁵. Estas nuevas circunstancias históricas generan la necesidad de replantear el fundamento del derecho cosmopolita y encontrar otras tendencias que nos permitan argumentar a favor de éste. Como veremos a continuación, Habermas dedica grandes esfuerzos en identificar este tipo de tendencias en la configuración mundial actual.

²⁰² HABERMAS, J. *El occidente escindido*, op.cit., p.131.

²⁰³ *Ibidem*, p. 125.

²⁰⁴ *Ídem*.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 142.

Las críticas que realiza Habermas, son utilizadas para reconstruir y actualizar el proyecto kantiano, pero sin abandonarlo. Habermas destaca que la idea de una tercera dimensión en el derecho -derecho cosmopolita- es sin duda uno de los grandes aportes de Kant, ya que rompe con el modelo clásico de soberanía establecido en la paz de Westfalia y sitúa al individuo en el centro en un modelo jurídico donde sus derechos no están mediatizados por la soberanía de los Estados²⁰⁶. En este sentido, el esfuerzo de Habermas se centra en rescatar este aporte y “desde la distancia histórica de 200 años”, actualizarlo para las necesidades de nuestro tiempo.

2.2 Consideraciones pragmáticas

La propuesta de Habermas de un constitucionalismo cosmopolita, siguiendo la línea de Kant, basa parte de su argumentación en el análisis de las condiciones del mundo contemporáneo (además de consideraciones conceptuales, como veremos). En este sentido, el autor realiza un esfuerzo por identificar expresiones y movimientos reales en los que anclar su propuesta cosmopolita²⁰⁷. Un aspecto central de su argumentación se centra en la identificación de las “tendencias favorables”²⁰⁸.

Para Habermas actualmente nos encontramos en una situación transitoria desde el derecho internacional al derecho cosmopolita. Hay elementos tanto normativos (desarrollo del derecho internacional en la postguerra) como elementos fácticos asociados a la realidad del Estado en el contexto de la globalización que permiten argumentar ese tránsito.

En relación a la realidad del Estado-nación en el contexto de la globalización, hay cuatro elementos que Habermas identifica como esenciales para argumentar favor de avanzar hacia una constitucionalización cosmopolita: a) riesgos transfronterizos que requieren respuestas globales (amenazas al medio ambiente, criminalidad transnacional, peligros para

²⁰⁶ “El *quid* del derecho cosmopolita consiste más bien en que pasando por encima de las cabezas de los sujetos colectivos del derecho internacional alcanza la posición de los sujetos jurídicos individuales y fundamenta para éstos la pertenencia no mediatizada a la asociación de ciudadanos del mundo libres e iguales”, véase: HABERMAS, J. “La idea kantiana de paz perpetua desde la distancia histórica de 200 años”, *op.cit.*, pp. 73-74 y HABERMAS, J. *El occidente escindido*, *op.cit.*, p.122.

²⁰⁷ VELASCO, J.C. *Habermas: el uso público de la razón*, *op.cit.*, p. 180.

²⁰⁸ HABERMAS, J. *El occidente escindido*, *op.cit.*, pp. 140-142. Esta preocupación por el autor es manifiesta cuando expresa que pretende alejarse de proyectos exclusivamente normativos: “Pero incluso los proyectos normativos bien justificados no tienen repercusión alguna sino se encuentran a medio camino con la realidad”, véase: HABERMAS, J. ¿Es posible una Constitución Política para la sociedad mundial pluralista?, *op.cit.*, p. 310.

la salud)²⁰⁹; b) interdependencia de los Estados que genera que la garantía de los derechos no solo dependa de las decisiones soberanas²¹⁰; c) traslación de los espacios de toma de decisiones a ámbitos supranacionales que son compartidos también por entes no estatales (multinacionales, comunidades supranacionales, alianzas estratégicas, etc.)²¹¹ y, d) una especulación económica que avanza sin freno²¹².

Todos estos rasgos evidenciarían un debilitamiento de la soberanía de los Estados, en palabras de Habermas: “Los Estados pierden su autonomía a medida que se involucran en en las redes horizontales de comunicación e intercambio de la sociedad global”²¹³. En la “constelación” actual del desarrollo de los Estados, éstos no pueden apoyarse únicamente en su propia gestión para asegurar los límites de su propio territorio y las bases vitales de su población. Por ello, no pueden sustraerse de la regulación, coordinación y configuración que surge de una sociedad mundial cada vez más interdependiente²¹⁴. Para Habermas, la capacidad de control político que el Estado-nación pierde puede ser compensada a nivel internacional²¹⁵.

A la configuración de este escenario postnacional influido fuertemente por la globalización, Habermas añade otros elementos -esta vez normativos e institucionales- que también le permiten reafirmar que nos encontramos en dicho tránsito: a) creación de la Carta de las Naciones Unidas (que en concepto del autor, tiene características constitucionales); b) pérdida del monopolio interpretativo de Occidente y; c) creación de sistemas de vigilancia y control de cumplimiento y garantía de los derechos humanos²¹⁶. Como Kant, en estos rasgos Habermas encuentra motivos que justifican el entusiasmo en el progreso moral²¹⁷. Cuando analiza la historia de éxitos y fracasos de Naciones Unidas, este entusiasmo se ve reafirmado

²⁰⁹ La reducción del horizonte común que Kant veía en el comercio, Habermas lo identifica en los riesgos que asumimos en común y lo “íntimamente unidos entre sí que se encuentran nuestros destinos colectivos”, véase: HABERMAS, J. *La constelación posnacional*, op.cit., pp.77 y 93.

²¹⁰ HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*, op.cit., p. 79 y HABERMAS, J. *La constelación posnacional*, op.cit., p. 93.

²¹¹ HABERMAS, J. *La constelación posnacional*, op.cit., p. 96 y HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*, op.cit., p. 80.

²¹² HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*, op.cit., p. 79.

²¹³ HABERMAS, J. *El occidente escindido*, op.cit., p.114.

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 170-171.

²¹⁵ HABERMAS, J. *La constelación posnacional*, op.cit., p. 93.

²¹⁶ HABERMAS, J. *El occidente escindido*, op.cit., p. 157.

²¹⁷ VELASCO, J.C. *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op.cit., p. 216.

cuando constata que tras los fracasos han existido continuos intentos de reforma²¹⁸. Habermas cataloga a estos procesos como “procesos sociales de aprendizaje”²¹⁹, donde la implantación del Derecho anticipa para Habermas un cambio de conciencia²²⁰.

Los rasgos de la constelación que Habermas identifica, no lo llevan a rechazar el cosmopolitismo como un ideal irrealizable, sino que por el contrario, le permiten sostener que deberíamos aprovechar las circunstancias de interdependencia en que la globalización nos sitúa y darles una lectura para impulsar un proyecto verdaderamente cosmopolita²²¹.

Los elementos reseñados se ven complementados con un análisis que Habermas ha incorporado recientemente: denominado “desplazamiento del peso”²²². Para Habermas la tradicional distinción entre la validez del derecho estatal y la validez del derecho internacional (en relación a la capacidad de coacción), se ha ido debilitando, pues se ha desplazado el peso “entre los componentes de coercibilidad del derecho, por un lado, y del reconocimiento de la legitimidad y la observancia de término medio del derecho, por otro”²²³. En el caso del derecho de la Unión Europea, por ejemplo, es posible advertir una tendencia de un derecho supranacional que goza de preferencia, aunque los Estados sigan monopolizando el uso legítimo de la violencia.

2.3 Consideraciones conceptuales

Para Habermas no solo se trata de encontrarnos frente a una circunstancia de nuestra “época” la exigencia de un constitucionalismo cosmopolita, sino que es también un imperativo de la idea de derechos humanos y democracia²²⁴.

²¹⁸ Señala el autor, “las reformas propuestas son el resultado de un análisis inteligente de los errores. Este proceso de aprendizaje va en la línea de la continuación del proyecto kantiano”: HABERMAS, J. “¿Es posible una Constitución política para la sociedad mundial pluralista?, *op.cit.*, p. 304.

²¹⁹ Es un continuo en la obra de Habermas la referencia a los procesos sociales de aprendizaje. En el caso de su propuesta cosmopolita, esta concepción resulta fundamental para entender cómo los Estados van modificando su auto-comprensión, interiorizando las normas de la organización mundial, véase: HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*, *op.cit.*, p. 72.

²²⁰ HABERMAS, J. *¡Ay Europa!*, *op.cit.*, p.188 y HABERMAS, J. *El occidente escindido*, *op.cit.*, p.172.

²²¹ GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, *op.cit.*, p. 181. Como señala Habermas “La globalización, en este sentido, no solo no se opondría al proyecto kantiano, sino que en cierto modo también lo favorecería”, véase: HABERMAS, J. *El occidente escindido*, *op.cit.*, p. 167. En el mismo sentido: HABERMAS, J. *La constelación posnacional*, *op.cit.*, p.77.

²²² HABERMAS, J. *En la espiral de la tecnocracia*, *op.cit.*, p.63.

²²³ *Ídem*.

²²⁴ VELASCO, J.C. *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, *op.cit.*, p. 215.

Esta circunstancia se da por la fundamentación de los derechos humanos y su relación con la democracia, que se encuentra presente en la teoría de Habermas²²⁵. Pese a que sus conceptos de patriotismo constitucional y democracia son desarrollados a propósito del Estado²²⁶, a partir de la idea de derechos humanos, Habermas justifica la existencia de lazos de solidaridad que trascienden el Estado y la configuración progresiva de un derecho cosmopolita, pues los derechos humanos son las únicas razones morales que manifiestan una universalidad juridificada. Los derechos humanos para Habermas tienen un doble carácter: son normas constitucionales que tienen validez positiva y derechos que detenta cualquier persona que tienen validez suprapositiva²²⁷. La vinculación de los derechos humanos con la democracia, por otra parte, permite a Habermas establecer que la validez positiva de éstos solo puede ser impuesta si son originados en un proceso democrático. Y a su vez, que los derechos humanos son los únicos que permiten el ejercicio de la autonomía del ciudadano para la participación democrática²²⁸. Esta relación de dependencia hace que la noción de derechos humanos exija la democratizar también la esfera internacional y, en palabras del autor, “transnacionalizar la democracia”. En definitiva, para Habermas, el derecho cosmopolita no sería mas que una consecuencia de la extensión del principio de legalidad más allá de las fronteras del Estado²²⁹.

Siguiendo la senda de Kant, también es posible sostener que el cosmopolitismo habermasiano es fundamentalmente el corolario del universalismo propio de su teoría²³⁰. García Amado pone de relieve esta circunstancia en relación a la teoría de la acción comunicativa de Habermas:

²²⁵ Sobre la relación entre derechos humanos y democracia, véase: HABERMAS, J. *La constelación posnacional*, op.cit., pp.147-153.

²²⁶ FINE, R. Y SMITH, W. “Jürgen Habermas’s theory of cosmopolitanism”. *Constellations* 10, n°4 (2003): 469.

²²⁷ En el sentido de que son derechos que se pueden justificar exclusivamente desde el punto de vista moral. Como señala Habermas, “estos son argumentos que fundamentan porqué la garantía de tales reglas se encuentra en los intereses iguales de todas las personas en su calidad de personas en general, por qué tales reglas son, pues, buenas en igual medida para cualquiera”. Sin embargo esto no significa que sean derechos morales, pues su carácter de jurídicos se debe a su estructura no a su contenido, véase: HABERMAS, J. “La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años”, op.cit., pp.82-83.

²²⁸ HABERMAS, J. *La constelación posnacional*, op.cit., pp.89 y 152.

²²⁹ GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, op.cit., p.193.

²³⁰ CHERNILO, D. “Universalismo y cosmopolitismo en la teoría de Jürgen Habermas”, op.cit., p.192; VELASCO, J.C. *Habermas: el uso público de la razón*, op.cit., p. 176 y; GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, op.cit., p. 173.

“[D]ado que lo común a los humanos, la comunicación lingüística y los presupuestos que al practicarla tácitamente asumimos, nos iguala y nos hace del mismo modo merecedores de derechos y expectativas que de esa base derivan, la pregunta crucial será la de por qué no nos regimos y gobernamos en común y en igualdad”²³¹.

De esta manera, el universalismo que en lo político sostiene Habermas, deviene en una defensa de un orden mundial cosmopolita²³². Como señala el propio autor, no es posible desligar un pensamiento cosmopolita a nivel institucional del legado de moral universalista kantiano: “la puesta en práctica de un derecho cosmopolita explicado conceptualmente requiere, obviamente, algo más que imaginación institucional. Pero en cualquier caso permanece el universalismo moral que reguló a Kant en su proyecto como intuición reguladora”²³³.

2.4 Condiciones de posibilidad de un constitucionalismo cosmopolita

Para que se pueda transitar desde el derecho internacional hacia el derecho cosmopolita, en sus diferentes obras²³⁴, Habermas pone de relieve cuatro condiciones básicas: a) institucionalización del derecho cosmopolita, b) legitimidad democrática, c) uso público de las libertades comunicativas y, d) solidaridad transnacional y ciudadanía cosmopolita.

a) Institucionalización del derecho cosmopolita

En la misma línea de Kant, aunque con diferentes argumentos²³⁵, el modelo de institucionalización del derecho cosmopolita en Habermas difiere del de una república mundial. La línea trazada desde el Estado Constitucional de Derecho hacia el constitucionalismo cosmopolita no es una línea recta, sino que es una línea que debe ser trazada considerando las especificidades del orden mundial, donde ya existe una Constitución

²³¹ GARCÍA AMADO, J.A. “Habermas, los Estados y la sociedad mundial”. *Estudios de Derecho*, nº143 (2007): 70.

²³² GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, *op.cit.*, p. 173.

²³³ HABERMAS, J. “La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años”, *op.cit.*, p. 79.

²³⁴ Se trata de una reconstrucción personal de las condiciones de posibilidad de un constitucionalismo cosmopolita que se realiza en base a la evolución de los diferentes elementos que el autor alemán ha ido añadiendo y complementando en sus escritos. En este sentido, por parte del autor, no han sido expuestas estas condiciones -cronológicamente- de la manera en que se trata a continuación.

²³⁵ Aunque se coincide en el peligro tiránico que podría traer consigo la república mundial (HABERMAS, J. *El occidente escindido*, *op.cit.*, p.131), como vimos, Habermas critica la analogía doméstica planteada por Kant no solo por ser una falsa analogía, sino también por la concepción estrecha que tiene el autor de la relación entre soberanía, Estado y Constitución, véase *supra* 2.1.

embrionaria y hay actores individuales y colectivos. Lo que falta en dicha institucionalización es un poder vinculante, con capacidad para imponer sus decisiones. En este sentido, lo que propone el autor es una juridificación de la esfera internacional, lo que define como la “domesticación del poder mediante la distribución institucional y la regulación procedimental de las relaciones de poder”²³⁶.

En esta conclusión resulta fundamental la concepción que tiene Habermas respecto a las relaciones entre Derecho (democráticamente establecido) y poder. Para el autor la juridificación no solo despliega una fuerza racionalizadora, sino también civilizadora en la medida en que despoja al poder de su carácter autoritario y cambia el estado de agregación de lo político²³⁷. Habermas entiende que su teoría del discurso en relación al Derecho y la democracia toma como ejemplo a los Estados nacionales (y por ello tampoco renuncia al Estado en su modelo cosmopolita), pero indica que éstos son insuficientes para afrontar los retos de la globalización²³⁸. La juridificación de las relaciones internacionales que se da tras la segunda guerra mundial es una continuación del proceso de conquista histórica que supuso el Estado como garantía de la libertad y dominación de la política²³⁹. Esta función “civilizatoria” que cumple el Derecho en este ámbito puede ser explicada como la domesticación de la violencia interestatal, pero también como un cambio en la comprensión anárquica del poder que crea nuevas capacidades supranacionales de actuación que permiten domesticar a un poder o “potencia social” desatada transnacionalmente (en palabras de Habermas, coacciones sistémicas que sobrepasan impasiblemente las fronteras nacionales)²⁴⁰.

Como alternativa al Estado mundial Habermas propone un sistema complejo y “multinivel” constituido por la esfera nacional, supranacional y transnacional. Es un sistema con tres escenarios y con tres tipos de actores colectivos²⁴¹. De esta manera, para Habermas el derecho cosmopolita es un complemento del derecho internacional y nacional, entendiendo

²³⁶ *Ibidem*, p.135.

²³⁷ HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*, *op.cit.*, p. 44.

²³⁸ *Ibidem*, p. 46.

²³⁹ HABERMAS, J. *En el espiral de la tecnocracia*, *op.cit.*, p. 61.

²⁴⁰ HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*, *op.cit.*, p. 46.

²⁴¹ HABERMAS, J. “¿Es posible una Constitución política para la sociedad mundial pluralista?, *op.cit.*, p.308.

que una situación verdaderamente cosmopolita es aquella donde conviven exitosamente instancias locales, nacionales, transnacionales y globales²⁴².

El primer nivel “supranacional” es la organización mundial encargada de velar por la paz y los derechos humanos²⁴³. En este sentido, el nivel supranacional tiene un mandato específico y acotado. Para este nivel Habermas propone importantes reformas al sistema de Naciones Unidas: adaptar la composición y procedimiento de toma de decisiones en el Consejo de Seguridad, aumentar la dotación financiera y, con el fin de formar la voluntad en torno a estos objetivos, cree que es necesaria la creación de una Asamblea Mundial con participación de ciudadanos y pueblos de Estados. En esta conformación refleja una de las críticas que realizaba a Kant en relación a la falsa analogía doméstica: en el ámbito internacional no partimos de “cero”, sino que hay cuerpos políticos existentes a los cuales se debe reconocer su aptitud de producir capacidad de acción política. Señala el autor: “cualquier construcción conceptual de una juridificación de la política mundial tiene que partir, hoy día, de individuos y Estados, como las dos categorías de sujetos otorgadores de la Constitución mundial”²⁴⁴.

El autor justifica un modelo como el propuesto como una forma de que las perspectivas de justicia de “ciudadanos del mundo” se encuentren en competencia con las perspectivas de los ciudadanos del Estado y, por tanto, se busca un equilibrio²⁴⁵. Como veremos a propósito de la legitimidad democrática del modelo, para Habermas es central la formación común de la voluntad, donde todos/as los/as potencialmente afectados/as puedan participar de las decisiones. Esta “asamblea renovada” tendría como principal función desarrollar normas mínimas vinculantes, perfeccionando la Carta y los pactos de derechos humanos. Dado que no adopta ningún carácter estatal, la organización mundial depende de que aquellos que detentan el monopolio de la fuerza se subordinen a las decisiones de la Asamblea, que sería

²⁴² CHERNILO, D. “Universalismo y cosmopolitismo en la teoría de Jürgen Habermas”, *op.cit.*, p. 191.

²⁴³ HABERMAS, J. “¿Es posible una Constitución política para la sociedad mundial pluralista?”, *op.cit.*, p. 308. Cabe destacar que el concepto de paz que maneja Habermas no es un concepto de paz “negativa” (es decir, ausencia de guerra), sino positiva, entendiendo a la paz como “un proceso que transcurre sin violencia, pero que no se orienta solo a la prevención de la violencia, sino al cumplimiento de los presupuestos reales de una vida en común sin tensiones”, véase: HABERMAS, J. “La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años”, *op.cit.*, p.77.

²⁴⁴ HABERMAS, J. *¡Ay Europa!*, *op.cit.*, p.116.

²⁴⁵ HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*, *op.cit.*, p. 82.

controlada también por tribunales internacionales. Esto sería una manifestación de lo que Habermas había identificado en la constelación postnacional como un “desplazamiento del peso” en la relación entre el poder estatal de sanción y el derecho que se ha iniciado en el seno de Naciones Unidas y en la Unión Europea²⁴⁶. Pero este tipo de funcionamiento depende también de un progresivo aprendizaje colectivo, donde los Estados comienzan a percibirse a sí mismos como pertenecientes a una sociedad mundial interdependiente²⁴⁷.

El segundo nivel “transnacional”, estaría constituido por organizaciones y redes mundiales que tienen por objetivo hacer frente a la creciente demanda de coordinación que exigen los problemas transfronterizos, como los problemas medioambientales o las políticas energéticas (es lo que el autor denomina “política interior mundial”). En este nivel, Habermas sostiene que se requiere una política de regulación e integración configurada por regímenes continentales o regionales que tengan mandato de representación²⁴⁸. Esta escala puede ser concebida como una plataforma de intermediación entre el nivel de los Estados y la organización mundial, es el nivel donde emana de verdad la política y el poder comunicativo²⁴⁹.

Finalmente, en el tercer nivel “nacional” estarían los Estados. Este nivel se ocupa fundamentalmente de cuestiones de política interior vinculadas a la solución de los niveles de desigualdad social, que son aquellos ámbitos donde los Estados manejan mayores márgenes de actuación e implementación²⁵⁰.

b) *Legitimación democrática*

Habermas es consciente de la dificultad de la propuesta realizada. Uno de los grandes retos está constituido por la legitimidad democrática de las instituciones que adopten

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 85.

²⁴⁷ HABERMAS, J. *¿Ay Europa!*, *op.cit.*, p.120.

²⁴⁸ HABERMAS, J. “¿Es posible una Constitución política para la sociedad mundial pluralista?”, *op.cit.*, p. 309. Se propone, en este sentido, que “en las diversas regiones del globo los Estados nacionales deberían unirse formando regímenes continentales de tipo que representa la Unión Europea”, HABERMAS, J. *El occidente escindido*, *op.cit.*, p. 133.

²⁴⁹ ARTETA, M. *La institucionalización cosmopolita del Derecho Internacional: una reconstrucción crítica de la propuesta de Jürgen Habermas*, *op.cit.*, p. 298.

²⁵⁰ A diferencia de los otros niveles, Habermas no dedica mayor espacio a la argumentación de la función que los Estados cumplirían en el modelo multinivel que plantea. Probablemente, por tratarse del nivel menos problemático de su propuesta.

decisiones a nivel global y, por tanto, el traspaso de la legitimidad desde los espacios nacionales hacia el espacio supranacional²⁵¹. Como indica el autor, “lamentablemente, con la juridificación de una más densa cooperación de los Estados no va de la mano de la inclusión de los ciudadanos en los procesos de decisión supranacionales”²⁵². En este sentido, se produce la paradoja de que quienes son destinatarios de las normas no son aquellos que participaron en su creación (tanto ciudadanos como incluso los propios Estados)²⁵³. Por ello, para Habermas,

“[Q]uienes aboguen por una constitucionalización del derecho internacional, si no quieren descartar totalmente la democracia, se ven obligados a desarrollar al menos modelos para un arreglo institucional que pueda garantizar una legitimación democrática las nuevas formas de gobernación de los asuntos en espacios que carecen de fronteras”²⁵⁴.

Para comprender la propuesta de Habermas de una legitimación -en distintos niveles- del modelo cosmopolita, es necesario, sin embargo, realizar algunas aclaraciones previas sobre su concepción de la democracia²⁵⁵. La autodeterminación democrática significa que los destinatarios de las leyes coercitivas son al mismo tiempo sus autores. El procedimiento democrático tiene una fuerza legitimadora en la medida en que se den las siguientes condiciones: inclusión de todos los ciudadanos en los procesos políticos de toma de decisión y el acoplamiento de las decisiones mayoritarias con una formación deliberativa de la opinión²⁵⁶. De esta manera, existe un acoplamiento o relación entre los principios de la soberanía popular, los derechos humanos (en la medida que son las condiciones para el ejercicio de las libertades comunicativas) y la legitimidad de las leyes. Estas ideas nos remiten a la conclusión de que este entrelazamiento

“[S]e disolvería necesariamente si las constituciones supranacionales desacoplasen completamente la democracia y el poder estatalmente organizado. Por eso el marco

²⁵¹ HABERMAS, J. *En el espiral de la tecnocracia*, op.cit., p.65.

²⁵² *Ídem*.

²⁵³ El autor da como ejemplo las decisiones tecnócratas que se toman en instituciones tales como el Banco Mundial, o el Fondo Monetario Internacional. La necesidad de democratizar la esfera internacional surge de la lógica de la autoinfluencia de una sociedad democrática en sus propias condiciones de existencia, véase: HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*, op.cit., p. 51.

²⁵⁴ HABERMAS, J. *¡Ay Europa!*, op.cit., p.109.

²⁵⁵ Sobre el concepto de democracia en Habermas, véase: HABERMAS, J. “¿Qué significa política deliberativa?”. En: *La inclusión del otro*, op.cit., pp. 231-259 y VELASCO, J.C. *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op.cit., pp. 141-181.

²⁵⁶ HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*, op.cit., p.49.

normativo de las constituciones desestatalizadas debe permanecer conectado, al menos indirectamente, a los flujos de legitimación de los Estados constitucionales, si debe ser algo más que una fachada del derecho hegemónico”²⁵⁷.

Bajo esta concepción general, las consideraciones iniciales sobre la democratización de la esfera internacional son desarrolladas por Habermas en relación a la posibilidad de una Constitución para Europa²⁵⁸. Sin embargo, luego también son extrapoladas de manera abstracta para configurar un modelo más amplio de legitimidad de la constitucionalización del derecho internacional²⁵⁹.

La base teórica de la propuesta del autor se basa en una noción de soberanía compartida entre los individuos y el Estado, y en una soberanía popular desligada conceptualmente del Estado. Para Habermas, gran parte de las críticas dirigidas hacia la imposibilidad de una juridificación democrática del dominio político tienen que ver con un “malentendido colectivista” que mezcla soberanía popular con soberanía estatal²⁶⁰. La figura que crea una conexión fuerte entre autodeterminación democrática hacia el interior y soberanía estatal hacia fuera no debe generalizarse más allá del contexto histórico de su surgimiento. Los tres componentes de la soberanía popular: comunidad de personas libres e iguales, organización de capacidades colectivas de acción y solidaridad²⁶¹, si bien se desarrollan de manera plena en el Estado nacional, ello no significa que sus componentes no puedan unirse de una manera diferente en el plano internacional²⁶².

En relación al primer elemento de la soberanía, la asociación de ciudadanos libres e iguales, basta con considerar que los tratados sobre derechos humanos han reconocido derechos universales a todas las personas (es decir, hay una asociación horizontalmente comunitarizada de personas con los mismos derechos)²⁶³. Aunque esto no es explicitado por

²⁵⁷ HABERMAS, J. *El occidente escindido*, op.cit., p.137.

²⁵⁸ Como señala el autor, “la narrativa que acabo de proponer para la unificación europea encuentra su continuación en las ideas que apuntan a una sociedad mundial constituida políticamente”, véase: HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*, op.cit., p. 78.

²⁵⁹ HABERMAS, J. *¡Ay Europa!*, op.cit., pp. 107-126.

²⁶⁰ HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*, op.cit., p.50.

²⁶¹ *Ibidem*, p.48.

²⁶² *Ibidem*, p. 53.

²⁶³ A este respecto podría objetarse que la condición de ejercicio de los derechos reconocidos universalmente depende de la ciudadanía. Sin embargo, como veremos, Habermas intenta superar esta contradicción cuando desarrolla su concepto de ciudadanía cosmopolita.

Habermas²⁶⁴, es posible argumentar que por esta circunstancia normativa es que se logra explicar, por ejemplo, la primacía de aplicación del derecho de la Unión Europea. Existe una unión en torno a principios constitucionales nacionales que resultan constitutivos para la estructura democrática y jurídica de los estados miembros, la Unión –en este sentido- es una “liga constitucional”²⁶⁵. La “liga constitucional” en torno a ciertos principios comunes es la base para la construcción del primer elemento de la soberanía fuera del ámbito estatal. Pero a diferencia del Estado nacional donde los únicos miembros de la comunidad políticamente constituida son los ciudadanos, aquí -como señalábamos- tanto Estados como ciudadanos forman el poder constituyente. Hay una soberanía dividida entre pueblos de un Estado y ciudadanos.

En relación a las capacidades organizativas (capacidad colectiva de acción), esta división de la soberanía, para Habermas debe decantar institucionalmente en un modelo donde en todas las funciones de la legislación ambas partes funcionen como socios con los mismos derechos²⁶⁶. En este sentido, se debe contar con un parlamento mundial que tenga representantes de los pueblos y de los ciudadanos del mundo. Este parlamento tendría la función de interpretar y legislar en relación a las funciones delimitadas de este nivel supranacional: la garantía de la paz y los derechos humanos y es el sitio institucional para la formación de la voluntad y opinión inclusiva sobre los principios de justicia transnacional²⁶⁷.

Las líneas de legitimación democrática que hemos desarrollado no solo deben estudiarse en relación al nivel supranacional. Como destaca Habermas, “si la cadena de legitimación democrática se rompiera en este punto, el diseño propuesto no podría cumplir su pretensión de unidad de un completo orden jurídico”²⁶⁸. En el sistema de negociación transnacional la organización mundial supervisa el equilibrio fáctico de poderes y actúan bajo las normas mínimas dictadas por esta organización. Aunque la imparcialidad de los resultados de las negociaciones sigue dependiendo en alguna medida de los equilibrios o formación de coaliciones, a diferencia del modelo actual, en el esquema multinivel propuesto,

²⁶⁴ Aunque si se refiere a la existencia de un “tratado constitucional” en el ámbito del derecho de la Unión, véase: HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*, op.cit., p.61.

²⁶⁵ *Ibidem*, pp. 58-59.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 70.

²⁶⁷ HABERMAS, J. *¡Ay Europa!*, op.cit., p.118.

²⁶⁸ HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*, op.cit., p. 89.

estos actores actúan bajo el marco normativo de la Constitución cosmopolita que vincula la gestión de compromisos²⁶⁹. Además de este marco, hay otro pilar de legitimación, que consiste en la legitimidad de los socios de la negociación, que deben contar con mandatos democráticos²⁷⁰.

Por su parte, en relación al plano nacional, Habermas insiste en que sigue siendo el nivel más importante de legitimación de la sociedad mundial constitucionalizada²⁷¹. Esto se manifiesta en relación a la transmisión de legitimación que se da hacia las otras esferas. Por ejemplo, en relación al plano transnacional que se refería anteriormente, los actores tendrán un mandato democrático sólo si se logra generar entre los ciudadanos capaces de ejercer una influencia sobre las instancias de delegación, una formación de la opinión y voluntad política acerca de las posiciones sobre la política interior mundial²⁷². La permanencia e importancia de este nivel se da porque sigue siendo un elemento fundamental para el ejercicio de la autonomía pública de los ciudadanos. Sin el nivel estatal -que traspasa cadenas de legitimación a los niveles superiores- los ciudadanos se enfrentan a un mundo donde la autonomía queda reducida a la autonomía privada que responde a las opciones que generan los imperativos sistémicos²⁷³.

c) *Uso público de las libertades comunicativas*

Vinculado con lo anterior, un aspecto fundamental en la aproximación de Habermas al constitucionalismo cosmopolita tiene que ver con su concepción de la manera en que se debe formar la voluntad. Recordemos que en la concepción de la democracia de Habermas no solo son relevantes los procedimientos formales de inclusión de la voluntad, sino también la manera en que esta se va formando²⁷⁴. Para el autor las leyes cumplen la condición de una universalidad pragmática cuando se aprueban en un procedimiento inclusivo de representación caracterizado por la discusión y publicidad²⁷⁵. Tiene que formarse

²⁶⁹ HABERMAS, J. *¡Ay Europa!*, op.cit., p.122.

²⁷⁰ *Ídem*.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 113.

²⁷² *Ibidem*, p. 123.

²⁷³ HABERMAS, J. *La inclusión del otro*, op.cit., pp.102-105.

²⁷⁴ FINE, R. Y SMITH, W. "Jürgen Habermas theory of cosmopolitanism", op.cit., p. 476.

²⁷⁵ HABERMAS, J. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, op.cit., pp. 200 y ss.

equitativamente la opinión y la voluntad por parte de todos/as los/as afectados/as potenciales²⁷⁶. La teoría de la comunicación es la única que puede -con cierta plausibilidad- cumplir la promesa democrática de la inclusión. La legitimidad democrática no se reduce al voto. Éstos consiguen el peso institucional solamente en la unión con una “esfera pública vital”, es decir, en la dinámica del libre intercambio de opiniones, argumentos y tomas de posición a favor y en contra²⁷⁷. En este modelo complejo de legitimación, se afloja la ligazón conceptual entre las formas democráticas de legitimación y las formas conocidas de organización estatal²⁷⁸.

Por ello, cuando el autor analiza la legitimidad de las decisiones adoptadas en el régimen cosmopolita, insiste en que una de las condiciones de posibilidad de este régimen es la formación de una opinión pública mundial. Estas, que eran consideradas como “formas débiles de legitimación”, aparecen bajo nuevas perspectivas en el régimen cosmopolita.

Así, por ejemplo, el autor menciona que,

“[U]na participación institucionalizada de las organizaciones no gubernamentales en las deliberaciones del sistema internacional de negociaciones aumentaría la legitimación de los procedimientos en la medida en que, por esta vía, se lograra hacer transparente para las opiniones públicas nacionales procesos de decisión transnacional de nivel intermedio y acoplarlos, de este modo, a los procesos de decisión que tienen lugar a nivel nacional”²⁷⁹.

Lo relevante de esta perspectiva consiste en constatar que si los órganos decisorios son sensibles a la racionalidad comunicativa generada a nivel de una sociedad civil transnacional, al menos se dará uno de los momentos de la legitimidad democrática²⁸⁰.

d) *Solidaridad supranacional y ciudadanía cosmopolita*

Otra condición para el constitucionalismo cosmopolita, es el desarrollo de mecanismos para que la sociedad civil tenga instancias para presionar a los Estados para forzar acuerdos y tomar determinadas decisiones. Pero esta sociedad civil entramada internacionalmente requiere de una configuración político-cultural que satisfaga la exigencia de “solidaridad” a

²⁷⁶ HABERMAS, J. *El occidente escindido*, op.cit., p. 120.

²⁷⁷ HABERMAS, J. *En la espiral de la tecnocracia*, op.cit., p.57.

²⁷⁸ HABERMAS, J. *La constelación posnacional*, op.cit., p. 144.

²⁷⁹ *Ídem*.

²⁸⁰ FINE, R. Y SMITH, W. “Jürgen Habermas theory of cosmopolitanism”, op.cit., p. 476.

la que hacíamos referencia como tercer componente de la soberanía. Para Habermas, el conjunto de los/as ciudadanos/as cosmopolitas solo puede compartir efectivamente la soberanía con los/as ciudadanos/as de los Estados si también la solidaridad está sujeta a un cambio de forma²⁸¹.

Habermas es consciente de la dificultad, porque los/as ciudadanos/as del mundo no forman un colectivo que se mantenga unido gracias al interés político de la autoafirmación de una forma de vida que imprima una identidad²⁸². Sin embargo, esto sería parcialmente cierto, pues el autor aclara que las expectativas de los “ciudadanos del mundo” es distinta de los “ciudadanos de un Estado” (aunque confluyan materialmente). Mientras que los/as ciudadanos/as del mundo “esperan” del régimen cosmopolita la garantía de la paz y los derechos humanos, los/as ciudadanos/as de los Estados son más exigentes en cuanto a medir la recepción de los intereses nacionales y regionales²⁸³. Habermas, aplicando estas ideas al ámbito europeo indica: “los sujetos constituyentes mismos tienen que darse cuenta de que, como ciudadanos, adoptarán diferentes perspectivas de justicia en los dos carriles de legitimación del Parlamento y el Consejo: el de ciudadano europeo y el de miembro de una nación concreta dotada de Estado”²⁸⁴. Desde esta perspectiva, habrían intereses compartidos por la población mundial más allá de todas las diferencias político-culturales²⁸⁵. Estos intereses compartidos estarían constituidos por la idea de derechos humanos.

Habermas destaca que tal y como se ha construido el Estado moderno, el concepto de identidad nacional, asociada a la idea de pueblo como una comunidad política que genera lazos comunes a partir de una historia común, decanta jurídicamente en la noción de ciudadano/a, y son los ciudadanos/as quienes configuran las leyes que los gobiernan y, en ese entendido, generan lazos de solidaridad conjunta y obediencia al Derecho. En este sentido, la auto-conciencia nacional, se ha construido en base a la igualdad de los/as ciudadanos/as en el Estado democrático²⁸⁶. Sin embargo, la identidad nacional explicada en

²⁸¹ HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*, op.cit., p. 72.

²⁸² *Ibidem*, p. 86.

²⁸³ HABERMAS, J. *¡Ay Europa!*, pp.114-115.

²⁸⁴ HABERMAS, J. *La Constitución de Europa*, op.cit., p. 66.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 86.

²⁸⁶ HABERMAS, J. *La constelación posnacional*, op.cit., p.133. Esta concepción se explica además por la función epistémica que otorga Habermas a la democracia en su teoría, donde la persecución de los intereses y la

el sentido anterior es una construcción artificial favorecida por el Derecho y la cultura de masas y, por ello, “son precisamente las artificiales condiciones de la aparición de la conciencia nacional las que hablan en contra del supuesto derrotista de que la solidaridad entre ciudadanos extraños solo puede producirse dentro de las fronteras de una nación”²⁸⁷.

En este sentido Habermas se pregunta, ¿por qué no habría de proseguir un aprendizaje de ese tipo?²⁸⁸. De este modo, sostiene que la solidaridad transnacional es un proceso de aprendizaje que puede ser favorecida por la autocomprensión normativa de la modernidad asociada a un universalismo igualitario, pero esta vez no vinculada a la noción de ciudadano/a asociada a un Estado-nación determinado²⁸⁹. La autoconciencia común requiere de una autocomprensión jurídico-moral, que en el marco normativo, son los derechos humanos²⁹⁰.

En relación al disfrute de los derechos, esto supondría para Habermas plantearse dos opciones:

“Podemos representarnos la extensión universal de los derechos humanos de la siguiente forma: todos los Estados existentes transforman sus Estados democráticos de derecho –no sólo nominalmente-, mientras a cada individuo se le concede el derecho a elegir una nacionalidad. Evidentemente, estamos muy lejos de alcanzar este objetivo. Una alternativa podría consistir en que cada uno, como ciudadano del mundo, alcanzara un directo y efectivo disfrute de los derechos humanos”²⁹¹.

Para el autor, en este sentido, frente a la tensión que representa la construcción actual de la ciudadanía, la propuesta estaría basada en la construcción de una ciudadanía cosmopolita.

2.5 Cosmopolitismo y constitucionalismo en Habermas

Cuando Habermas critica la analogía doméstica planteada por Kant, corresponde preguntarse si éste renuncia al paradigma del constitucionalismo como mecanismo de instauración de principios cosmopolitas. Habermas es claro en indicar que “no sólo el Estado

realización de la libertad política adquieren la dimensión de un uso público de la razón, véase: HABERMAS, J. “Tres modelos normativos de democracia”. En: *La inclusión del otro*, op.cit., pp. 231 y ss.

²⁸⁷ HABERMAS, J. *La constelación posnacional*, op.cit., p.133.

²⁸⁸ *Ibidem*, p.134.

²⁸⁹ *Ibidem*, p.140.

²⁹⁰ *Ídem*.

²⁹¹ *Ibidem*, p.153.

constitucional ampliado hasta alcanzar las dimensiones globales cumple con las condiciones abstractas de una situación cosmopolita”²⁹². Entonces, podemos preguntarnos ¿es posible calificar a Habermas de un *constitucionalista* cosmopolita?

Es posible responder afirmativamente, pues Habermas no renuncia al constitucionalismo como paradigma de limitación del poder y tampoco a la posibilidad de una Constitución sin Estado. En efecto, se destaca por parte del autor alemán que el Estado no es condición necesaria para calificar a un orden jurídico como constitucional²⁹³. Habermas se pregunta si las constituciones “desestatalizadas” pueden seguir considerándose constituciones. Para responder a esta interrogante Habermas acude a las explicaciones de Brunkhorst²⁹⁴ referidas a la Constitución sin Estado. Además de constatar que esta es una unión histórica más que conceptual, Brunkhorst destaca que lo característico del constitucionalismo como paradigma es la idea de vocación de limitación al poder. En la esfera internacional, en este sentido, es posible considerar que existe este paradigma en el desarrollo de la Carta de Naciones Unidas o en la Unión Europea. Sin embargo, si evaluamos estos sistemas en comparación a los del Estado-nación es claro que aún faltan elementos, como por ejemplo, la formación política de la voluntad que se autoregula²⁹⁵. Por ello es que Habermas -como vimos- insiste en que el gran desafío consiste en la democratización de la esfera transnacional.

²⁹² HABERMAS, J. *El occidente escindido*, *op.cit.*, p. 133.

²⁹³ HABERMAS, J. “¿Es posible una Constitución política para la sociedad mundial pluralista?, *op.cit.*, 305. Citando a Brun-Otto Brude, Habermas indica: “Por supuesto, a nivel internacional o puede haber un Estado constitucional, pero sí puede haber *constitutionalism*; tampoco puede haber Estado de Derecho, pero sí *rule of law*; ni puede haber un principio de Estado social internacional, pero sí *social justice* [...]”, véase: HABERMAS, J. *El occidente escindido*, *op.cit.*, p. 136.

²⁹⁴ HABERMAS, J. *El occidente escindido*, *op.cit.*, pp. 134 y ss. Sobre esta temática en la obra de Brunkhorst, véase: BRUNKHORST, H. “Globalising democracy without a state: weak public, strong public, global constitutionalism”. *Millenium: Journal of International Studies* 31, n°3 (2002): 675-690; BRUNKHORST, H. “A polity without a state? European constitutionalism between evolution and revolution”. *Arena Working Paper*, n°14 (2003): 1-30 y; BRUNKHORST, H. “State and constitution: a reply to scheurman”. *Constellations* 15, n°4 (2008): 493-501.

²⁹⁵ En efecto, el problema de la constitucionalización de la esfera internacional estaría radicado allí, más que en circunstancias vinculadas con la “debilidad normativa” del régimen internacional. Para ello, basta con considerar que si bien los revolucionarios de las constituciones del S.XVIII comenzaban a desarrollar el paradigma constitucionalista, no es posible reprocharles que no contaran con Constitución, pese a que esta todavía no fuera considerada como norma (como en el constitucionalismo de postguerra). La “normatividad” del constitucionalismo internacional vendría de la mano de su progresiva democratización y el surgimiento de un público global fuerte. Véase: BRUNKHORST, H. “Globalising democracy without a state: weak public, strong public, global constitutionalism”, *op.cit.*, pp. 675-690.

Sobre esta cuestión Habermas destaca que tanto en el constitucionalismo moderno y en el desarrollo del constitucionalismo global existe la idea de limitación al poder, pero se produce de una manera diferente. En el caso del constitucionalismo global:

“[T]iene el sentido de domesticación del poder mediante la distribución institucional y la regulación procedimental de las relaciones de poder existentes, mientras que las constituciones de tradición republicana, de origen revolucionario, subvierten las relaciones de poder existentes a favor de una dominación constituida de nuevo, que surge de la voluntad racionalmente formada de los ciudadanos unificados”²⁹⁶.

Lo central de la propuesta Habermasiana que permite calificarlo de “constitucionalista cosmopolita” (y, por tanto, cosmopolita en el sentido jurídico de la acepción) es la confianza en la juridificación de las relaciones internacionales, para alcanzar el fin de la garantía de la paz y los derechos humanos. A diferencia del derecho internacional clásico, que solo regularía las relaciones de poder que de facto ya existen, el derecho cosmopolita aspira a fijar pautas para la actuación del poder y considera tanto a los Estados como a los ciudadanos del mundo como sujetos de este nuevo orden. La vocación constitucionalista de la propuesta de Habermas se refleja claramente cuando realiza críticas al modelo de legitimación de las decisiones internacionales basado en la autoregulación mediante el mercado y pone de relieve que la limitación al poder es la única que permite revertir las decisiones mediante el proceso democrático²⁹⁷.

En relación al cosmopolitismo, podemos encontrar elementos en la propuesta de Habermas que permiten vincular su propuesta a los principios del cosmopolitismo tanto en los presupuestos que subyacen en su propuesta teórica, como en la forma en que propone institucionalizar dichos principios (como ya vimos). En este sentido, Habermas sería un cosmopolita tanto en el ámbito moral como en el ámbito jurídico²⁹⁸. En relación a los presupuestos que sustentan su propuesta teórica encontramos coincidencias con los principios del cosmopolitismo moral en su concepto de derechos humanos y su relación con

²⁹⁶ HABERMAS, J. *El occidente escindido*, *op.cit.*, p.135.

²⁹⁷ HABERMAS, J. “¿Es posible una Constitución política para la sociedad mundial pluralista?”, *op.cit.*, pp. 314-315.

²⁹⁸ Esta interpretación también ha sido sostenida por: PÉREZ DE LA FUENTE, O. “Algunas estrategias para la virtud cosmopolita”, *op.cit.*, pp. 76-82; DE GRIEFF, P. “Habermas on nationalism and cosmopolitanism”. *Ratio Juris*, nº15 (2000): 418-438 y GARCÍA AMADO, J.A. “Habermas, los Estados y la sociedad mundial”, *op.cit.*

la democracia, además de sus consideraciones en relación cómo se conforma la comunidad política y lazos de solidaridad²⁹⁹.

Si los derechos humanos son en último término, aquellas condiciones para ejercer la libertad comunicativa y participar en los discursos de autodeterminación³⁰⁰, consideraciones tales como la nacionalidad, la religión, etnia o raza no son razones aceptables para negar la participación en los discursos. En culturas plurales como las nuestras, las únicas formas de racionalidad aceptables son aquellas que están abiertas al escrutinio en una situación donde todos/as forman parte³⁰¹. El principio del razonamiento imparcial, que se encuentra en la base del cosmopolitismo moral de carácter racionalista-liberal³⁰², en el caso de Habermas se manifiesta en la exigencia de participación de todos/as en la esfera pública y, en definitiva, en el desarrollo de un orden cosmopolita que permita este diálogo:

“Cualquier anticipación que una parte realiza acerca de lo que es aceptable racionalmente por todas las partes sólo puede ser puesta a prueba si esta propuesta presuntamente imparcial es sometida a un procedimiento inclusivo de creación de opinión y de voluntad en que todas las partes adopten mutuamente el punto de vista de los otros y tomen en consideración sus respectivos intereses. Ésta es la finalidad cognitiva de la imparcialidad a cuyo servicio están los procedimientos jurídicos tanto a nivel internacional como a nivel nacional”³⁰³.

En relación a la construcción de la comunidad política y los lazos de solidaridad, encontramos conexiones con el cosmopolitismo moral en Habermas en su concepto de “patriotismo constitucional” y la posibilidad de extenderlo más allá de las fronteras del Estado³⁰⁴. En efecto, el patriotismo constitucional (entendido como un mecanismo de

²⁹⁹ Los argumentos que rescatamos, en este sentido, para calificar a Habermas de cosmopolita moral son aquellos que ha esbozado en el contexto del desarrollo de su proyecto de derecho cosmopolita. Hay otro tipo de argumentos que también permiten situarlo en esta vertiente de pensamiento, pero que se relacionan con su oposición al nacionalismo, véase: HABERMAS, J. “¿Tiene futuro el Estado nacional”? En: *La inclusión del otro*, op.cit., pp. 81-105.

³⁰⁰ HABERMAS, J. *La constelación posnacional*, op.cit., pp.147-166.

³⁰¹ DE GRIEFF, P. “Habermas on nationalism and cosmopolitanism”, op.cit., pp. 418-438.

³⁰² ARCOS, F. “El cosmopolitismo con adjetivos: las alternativas sentimental y dialógica al globalismo liberal”, op.cit., p. 281. Las características de este tipo de cosmopolitismo, es que la universalidad se construye por encima de las diferencias (otro generalizado) y no a través de ellas (otro concreto), como propone el cosmopolitismo moral dialógico, véase: BENHABIB, S. *Another cosmopolitanism*, op.cit.

³⁰³ HABERMAS, J. *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*, op.cit., p.36.

³⁰⁴ ARTETA, M. *La constitucionalización cosmopolita del Derecho Internacional: una reconstrucción crítica de la propuesta de Jürgen Habermas*, op.cit., p. 265. Aunque la idea de patriotismo constitucional es originaria de Dolf Sternberger (STERNBERGER, D. *Patriotismo constitucional*. Traducción de Luis Villar. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001), Habermas la ha difundido a propósito del debate constitucional en

integración social ciudadana basado en la valoración de las libertades constitucionales), debería llevar lógicamente a ciudadanos/as que no tengan dificultad en exigir a sus Estados políticas coordinadas en defensa de idénticos derechos básicos y reglas del juego democráticas para el conjunto³⁰⁵. Como vimos a propósito de la solidaridad supranacional, Habermas argumenta que los lazos de solidaridad fortalecidos por una pertenencia democrática común en el ámbito supranacional, puede generar lealtades abstractas con la humanidad en su conjunto en base a la noción de derechos humanos. Si la esfera pública nacional se configura en torno a un consenso de valores presentes en la Constitución, la esfera cosmopolita que tiene una Constitución embrionaria, puede ser la base para una identidad colectiva basada en la apertura hacia el otro.

3. Luigi Ferrajoli y el federalismo garantista

A diferencia de Habermas, Ferrajoli desarrolla sus planteamientos en torno al constitucionalismo cosmopolita de manera sistemática y como corolario de su teoría del Derecho y la democracia en su obra “*Principia Iuris*”³⁰⁶. Aunque con anterioridad había desarrollado diversos elementos que le permiten ir esbozando los principales rasgos de su propuesta³⁰⁷, en esta obra elabora de manera sistemática una teoría del Derecho y la democracia que aborda también una propuesta de constitucionalizar la esfera internacional. Cumpliendo el rol que el propio autor ha definido como propio de la ciencia jurídica dentro del paradigma de la democracia constitucional³⁰⁸, la propuesta de Ferrajoli es crítica y

Europa. Sobre el concepto de patriotismo constitucional en Habermas, véase: HABERMAS, J. *La inclusión del otro*, op.cit., pp.94-97 y VELASCO, J.C. *Para leer a Habermas*, op.cit., pp.138-148.

³⁰⁵ GARCÍA AMADO, J.A. “Habermas, los Estados y la sociedad mundial”, op.cit., p.14.

³⁰⁶ FERRAJOLI, L. *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia*. Vol. II. 2ª ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2016.

³⁰⁷ FERRAJOLI, L. “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”. *Isonomía*, nº9 (1998): 173-184; FERRAJOLI, L. “La soberanía en el mundo moderno”. En: ID. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op.cit., pp.125-158; FERRAJOLI, L. *Razones jurídicas del pacifismo*. Edición de Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2004; véase también los ensayos “Derechos vitales y políticas de muerte. Por un constitucionalismo global”, “Por una esfera pública del mundo”, “De la Carta de Derechos a la formación de la esfera pública europea”, “El derecho a la paz como norma constitutiva del derecho internacional”, todos publicados en: FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008; FERRAJOLI, L. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011 y, FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*, op.cit.

³⁰⁸ Ferrajoli destaca que uno de los elementos del cambio de paradigma que implica la democracia constitucional es el cambio del rol de la ciencia jurídica, a quien asigna un rol “crítico y proyectivo en relación con su propio objeto: crítico en relación a las antinomias, cuya supresión le corresponde reclamar, proyectivo frente a las

proyectiva. Crítica de las antinomias, y proyectiva en relación a las lagunas de la legislación vigente respecto a los imperativos del derecho internacional de los derechos humanos, realizando una construcción argumentativa que propone dotar a los derechos humanos de las garantías necesarias para su goce efectivo a nivel universal.

Para revisar el pensamiento de Ferrajoli³⁰⁹, en primer lugar, se analizarán los argumentos pragmáticos y conceptuales que fundamentan su propuesta. En segundo lugar, se desarrollarán las condiciones que sustentan su modelo y, finalmente, también se estudiarán los elementos del constitucionalismo y el cosmopolitismo que se encuentran presentes en la obra del autor.

3.1 Consideraciones pragmáticas

En Ferrajoli también encontramos elementos que -a partir de un análisis de la realidad en la que nos encontramos-, permiten al justificar su propuesta de constitucionalismo en la esfera global. A diferencia de Habermas, no se trataría tanto de fundamentos pragmáticos de “tendencia” hacia el constitucionalismo global³¹⁰, sino más bien de “síntomas” que hacen necesario replantearse el modelo constitucional circunscrito al Estado-nación: las aporías de la soberanía y la ciudadanía en la configuración normativa actual y el vacío de derecho público que caracteriza a la globalización.

Uno de los primeros elementos que Ferrajoli rescata para dar cuenta de la crisis en que se encuentran algunos de nuestros conceptos básicos vinculados al Estado moderno, como

lagunas, cuya subsanación le corresponde reclamar”. Véase: FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, op.cit., pp. 83-90.

³⁰⁹ Además de las obras del autor, se han consultado diversos estudios que han explorado desde diversas perspectivas la obra del autor italiano, para efectos de reconstruir argumentativamente su propuesta, véase: MARTÍNEZ, J. “Democracia constitucional cosmopolita, federalismo y esfera pública en el iuspositivismo constitucionalista de Luigi Ferrajoli”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n°26 (2012): 168-190; MARTÍNEZ, J. “Razón ilustrada, cosmopolitismo democrático y federalismo. Luigi Ferrajoli tras los pasos de Immanuel Kant, Hans Kelsen y David Held”. *Bajo palabra. Revista de Filosofía*, n°8 (2013): 85-96; BAYÓN, J.C. “El constitucionalismo en la esfera pública global”, op.cit.; PUPPO, A. “Constitucionalismo global y excepción internacional: una mirada escéptica a principia iuris de Luigi Ferrajoli”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n°31 (2015): 16-39; GARCÍA SÁEZ, J.A. “El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en Principia iuris”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n°26 (2012): 82-102 y; ANSUÁTEGUI, F.J. “La propensione cosmopolita del costituzionalismo”, op.cit.

³¹⁰ Al respecto Ferrajoli indica que en el corto plazo no hay ninguna razón para ser optimistas, entre otras cosas, porque para el autor “las tendencias de la actual política interna e internacional van en una dirección totalmente opuesta”, véase: FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op.cit., p. 155.

son soberanía³¹¹ y ciudadanía, es la configuración del modelo que con posterioridad a la segunda guerra mundial se instauró para la vigencia y garantía de los derechos humanos³¹². Para el autor, este modelo caracterizado por el desarrollo de la democracia constitucional y por la progresiva constitucionalización del ámbito internacional a través de la creación de organismos internacionales y tratados internacionales que consagran derechos universales, ha puesto en jaque y en contradicción con la realidad, tanto la noción de ciudadanía como la soberanía.

En relación a la soberanía, el autor explica que en este nuevo contexto, ésta es sometida a limitaciones tanto a nivel interno como externo. A nivel interno, la democracia es limitada a través de los contenidos de las constituciones, pues en las democracias constitucionales, ya no existen poderes absolutos³¹³. Por su parte, en relación a la soberanía externa, a partir de la creación de Naciones Unidas y los pactos de derechos humanos, existe para Ferrajoli una suerte de “constitución embrionaria del mundo”³¹⁴, lo que transforma el paradigma de la soberanía externa caracterizada por un estado de naturaleza, en un ordenamiento jurídico de tipo confederal³¹⁵. Tanto la prohibición del uso de la fuerza como los pactos de derechos humanos se transforman en límites externos a la soberanía de los Estados. En atención a los cambios indicados, el autor sostiene que la soberanía queda “negada” tanto en el ámbito interno y externo, “revelándose como una categoría incompatible con el derecho y consecuentemente con la paz y la democracia”³¹⁶.

En relación a la noción de ciudadanía, el autor pone el acento en que, desde el momento en que los derechos humanos se consagran como universales, la noción de ciudadanía -que

³¹¹ Un análisis sobre la soberanía en el mundo moderno se encuentra en su clásica obra: FERRAJOLI, L. *La sovranità nel mondo moderno : nascita e crisi dello Stato nazionale*. Roma: Laterza, 1997 .

³¹² Estas ideas son esbozadas en: FERRAJOLI, L. “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, *op.cit.*, pp.173-184 y FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *op.cit.*, pp.125-158.

³¹³ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris, Vol. II, op.cit.*, p. 478.

³¹⁴ Las cartas internacionales de derechos humanos, tal como hacen las constituciones, generan una penetración de la racionalidad sustancial en las formas del derecho internacional positivo. De esta manera, se han transformado en elementos que condicionan la validez de los contenidos de las decisiones, véase: FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *op.cit.*, p. 156.

³¹⁵ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris, Vol. II, op.cit.*, p. 479.

³¹⁶ *Ídem*.

en definitiva hace depender el ejercicio de los derechos a la pertenencia a una comunidad política- se vuelve contradictoria³¹⁷.

Ambas crisis justifican para el autor la necesidad de “compensar” las rupturas a través de la construcción de una esfera pública supraestatal. En ese sentido, Ferrajoli es consciente que las transformaciones descritas se han dado en el “papel” y que, en el plano fáctico, tanto la soberanía como la ciudadanía en su concepción tradicional siguen en la base del actuar de los Estados³¹⁸.

Uno de los segundos elementos del panorama global que describe Ferrajoli, estaría constituido por la crisis de la democracia política y del Estado de Derecho como resultado del vacío de derecho público generado por la globalización internacional. Para Ferrajoli, la globalización ha traído consigo una “regresión neoabsolutista” a la ley del más fuerte, caracterizada por la anomia en que se desarrollan y expanden los poderes económicos transnacionales “salvajes” y los Estados con gran fuerza militar³¹⁹. El vacío de derecho público a que alude el autor es la “falta de reglas, de límites y vínculos en la garantía de la paz y los derechos humanos en relación con los nuevos poderes transnacionales, tanto públicos como privados, que han desplazado a los viejos poderes estatales o en todo caso se han sustraído a su papel de gobierno y de control”³²⁰. Para analizar el impacto de este fenómeno (vacío de derecho público) en la democracia y el Estado de Derecho, el autor desarrolla su análisis en relación a los cuatro elementos de la democracia constitucional: política, civil, liberal y social³²¹.

En relación a la democracia política, Ferrajoli destaca –tal como también hacía Habermas- que la globalización ha traído consigo el desplazamiento de las esferas de toma

³¹⁷ *Ídem*. La antinomia se ha puesto especialmente de manifiesto con las migraciones, donde el estatuto de ciudadanía se ha transformado en fuente de exclusión y discriminación. Como señala el autor, la ciudadanía se ha transformado en el “último privilegio de status que subsiste en el derecho moderno”, véase: FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op.cit., p. 155.

³¹⁸ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris, Vol. II, op.cit.*, p. 480.

³¹⁹ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris, Vol. II, op.cit.*, p.484. La expresión “poderes salvajes” alude a la libertad salvaje y sin ley de la que habla Kant como poder del más fuerte, en cuanto no sujeto a límites y reglas, que inevitablemente se afirma en el estado de naturaleza, por la falta de los límites jurídicos, véase: FERRAJOLI, L. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, op.cit., p. 45.

³²⁰ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris, Vol. II, op.cit.*, p. 515.

³²¹ *Ibidem*, pp. 158-469.

de decisión fuera del Estado³²². Quienes toman muchas de las decisiones que afectan a los/as ciudadanos/as son sedes políticas extra o supraestatales o poderes económicos financieros globales³²³. Esto es lo que ha denominado la aporía de la democracia política en relación al espacio³²⁴.

Respecto a la dimensión civil de la democracia, Ferrajoli menciona cuatro elementos que inciden en su crisis: la concentración y confusión de poderes (entre el económico y el político)³²⁵, la reducción del Derecho a mercancía³²⁶, la explotación ilimitada del trabajo y, la destrucción del medio ambiente natural.

En relación a los derechos humanos (dimensión liberal y social de la democracia), el vacío de derecho público de la globalización también genera una lesión que Ferrajoli califica de “estructural”³²⁷. En relación a la dimensión liberal, Ferrajoli destaca que la falta de regulación o vacío de derecho público ha colaborado en la proliferación de la criminalidad global, pues no se ha internacionalizado el derecho penal y sus técnicas³²⁸. Por otra parte, los crímenes contra la humanidad gozan de impunidad, pese a la instauración de la Corte Penal Internacional. Estos son síntomas de una amplia ineffectividad secundaria de los derechos humanos, debido a la ausencia de garantías³²⁹. Pero el impacto del vacío de derecho público en los derechos sociales es aún más grave. Recurriendo a diversas cifras de organismos internacionales referidas a tasas de pobreza y desigualdad, el autor es enfático en señalar que el modelo de desarrollo neoliberal es responsable de un número mayor de muertes al provocado por todas las guerras combatidas en el planeta³³⁰.

³²² Este es el que ha sido denominado “problema de la congruencia” para hacer referencia a la disparidad que existe entre el círculo de los decisores políticos y el de los receptores de las decisiones adoptadas, véase: BAYÓN, J.C. “¿Democracia más allá del Estado?” En: RUIZ MIGUEL, A. (Ed.) *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*. Madrid: Trotta, 2014, p.123.

³²³ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris, Vol. II, op.cit.*, p. 514.

³²⁴ *Ibidem*, p.582.

³²⁵ *Ibidem*, p. 517.

³²⁶ Con esto hace referencia al fenómeno por el cual el derecho se transforma en un “foro” a elegir para las empresas transnacionales en atención a sus ventajas tributarias o flexibilización de normas laborales. Esto genera “competencia” entre regímenes jurídicos, véase: *Ibidem*, p. 518.

³²⁷ *Ibidem*, p.521.

³²⁸ *Ibidem*, pp.521 y 524.

³²⁹ *Ibidem*, p.523.

³³⁰ *Ibidem*, p.527.

En definitiva, el vacío de derecho público genera un peligro para el concepto mismo de democracia en sus diferentes dimensiones. Frente a esta situación, Ferrajoli se pregunta si hay que optar por “rescatar” la democracia sustancial y devolver la garantía de sus diferentes dimensiones hacia los Estados o si, por el contrario, hay que repensar la esfera internacional.

Uno de los principales argumentos para resolver esta disyuntiva a favor de la segunda opción, está en la constatación que hace el autor de que el Estado es “demasiado grande para las cosas pequeñas y demasiado pequeño para las cosas grandes”³³¹. Hay problemas globales frente a los cuales las funciones de garantía que son cumplidas a nivel local son insuficientes, sobre todo donde tienen que ver agresiones globales a los derechos y bienes fundamentales (guerras, hambre, cambio climático, terrorismo)³³².

Si el constitucionalismo global opera en todo aquello en que el papel del Estado se ve “negado, violado, impedido o debilitado por los actuales procesos de globalización”³³³, el papel que asigna Ferrajoli al constitucionalismo global bajo este argumento, es -utilizando la terminología propuesta por Anne Peters- el de un constitucionalismo compensatorio. Es decir, establecer que la reconstrucción constitucionalista del derecho internacional puede ser una estrategia razonable para compensar la desconstitucionalización causada por la globalización y el gobierno global³³⁴. De esta manera, el constitucionalismo cosmopolita planteado por Ferrajoli no sería un “cosmopolitismo fugitivo”, sino una forma de “rescatar” a la democracia constitucional, pues para el autor la efectividad de la realización del paradigma de la democracia constitucional depende también de su internacionalización³³⁵.

3.2 Consideraciones conceptuales

Para comprender la propuesta del autor y los fundamentos conceptuales de su constitucionalismo cosmopolita, hay tres elementos que son relevantes: la relación que se

³³¹ *Ibidem*, p. 471.

³³² *Ibidem*, pp. 471 y 536.

³³³ *Ibidem*, p. 539.

³³⁴ PETERS, A. “Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales”, *op.cit.*, pp. 208-262.

³³⁵ Así lo destaca Pisarello: “Contra las diversas variantes de ‘cosmopolitismo fugitivo’, la reconstrucción global de los principios clásicos del constitucionalismo y el Estado de derecho en Ferrajoli no sólo no excluiría su puesta al día en el ámbito interno, sino que sería inseparable de ella”, véase: PISARELLO, G. “El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli”. En: *Razones jurídicas del pacifismo*, *op.cit.*, p. 19.

establece entre derechos, democracia y garantías, el pacifismo jurídico y su concepto de Constitución.

En primer lugar, uno de los elementos que podemos calificar como “conceptuales” en la justificación del constitucionalismo cosmopolita de Ferrajoli, es la idea de “tomarse en serio” la idea de universalidad jurídica de los derechos³³⁶. Al constatar la aporía que significa asociar el goce de los derechos humanos a la condición de pertenencia política (ciudadanía), Ferrajoli señala que “tomar en serio aquellos valores, los derechos humanos proclamados en las cartas constitucionales, significa, por consiguiente, tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía”³³⁷. Ello supone, por tanto, reconocer su carácter supraestatal y garantizarlos dentro, fuera y también contra los Estados. Para el autor esta es la exigencia más importante que proviene de “cualquier teoría de la democracia que sea consecuente con la doctrina de los derechos fundamentales”³³⁸.

La necesidad de tomarse en serio la universalidad de los derechos y la constatación de que esto supone avanzar hacia un constitucionalismo cosmopolita, tiene que ver con la ligazón conceptual que realiza el autor entre democracia, derechos y garantías. Recordemos que para Ferrajoli el paradigma de la democracia constitucional implica que en el Estado Constitucional existe una vinculación entre democracia y derechos fundamentales, en la medida en que los derechos ya no son solo condiciones de legitimidad del poder, sino también límites a lo que es susceptible de ser decidido. En este sentido, la democracia pasa de ser una democracia formal a una democracia sustancial³³⁹. Por su parte, el constitucionalismo en el sentido explicado tiene como contracara el garantismo³⁴⁰, puesto que los derechos consagrados requieren de la elaboración y puesta a punto de adecuadas técnicas de garantía

³³⁶ Se pone énfasis en la universalidad “jurídica” de los derechos, pues como explicaremos a propósito de las vinculaciones entre la propuesta del autor y el cosmopolitismo moral, el concepto de derechos fundamentales que maneja el autor no es solo formal, sino que además se enmarca -en general- en un no cognoscitivismo en materia ética, que le impide hablar de otro tipo de universalidad que no sea la universalidad jurídica.

³³⁷ FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op.cit., p. 155.

³³⁸ *Ibidem*, p. 119.

³³⁹ FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*, op.cit., pp.27-32.

³⁴⁰ Entendido como “un modelo de derecho basado en la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a estos en garantía de los derechos, con preferencia de los derechos fundamentales sancionados por la Constitución”. Véase: FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, op.cit., p.29.

(capaces de asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos)³⁴¹. En atención a este desarrollo conceptual, Ferrajoli destaca la laguna existente a nivel internacional en relación a la garantía de los derechos. La obligación de llenar esta laguna no solo sería un deber correlativo al derecho³⁴², sino una exigencia normativa propia de las cartas internacionales de derechos humanos³⁴³. El mecanismo para llenar esta laguna es el progresivo desarrollo de un constitucionalismo cosmopolita (fundamentalmente, como veremos, mediante la instauración de instituciones de garantía).

Desde la perspectiva conceptual, otro fundamento básico para la propuesta de Ferrajoli es su caracterización como “pacifista jurídico”³⁴⁴, es decir, su condición de teórico del Derecho que -siguiendo la línea trazada por Kant, Kelsen y Bobbio- entre otros, consideran al Derecho como herramienta fundamental para el mantenimiento o la construcción de la paz mundial³⁴⁵. Uno de los argumentos más relevantes del pacifismo de Ferrajoli es considerar una contradicción en los términos hablar de “guerra legal”. El potencial del Derecho para acabar con la guerra (y también con el terrorismo), se ve justamente en la asimetría que plantea con estos dos conceptos. La guerra es,

“[L]a negación del derecho y del primero y más importante de los derechos, el derecho a la vida, del mismo modo que el derecho, al margen del cual no es concebible ninguna tutela de los derechos y ninguna función de prevención y represión de los delitos, es la negación de la guerra”³⁴⁶.

Este planteamiento es fundamental en su proyecto de extensión de la lógica garantista del Estado constitucional al ámbito internacional, no solo por la confianza depositada en el

³⁴¹ FERRAJOLI, L. “Hipótesis para una democracia cosmopolita”. En: *Razones jurídicas para el pacifismo*, op.cit., p. 102.

³⁴² FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Vol. II*, op.cit., p. 537.

³⁴³ El autor menciona como ejemplo el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

³⁴⁴ Las ideas que defiende Ferrajoli en relación al pacifismo jurídico son expuestas principalmente en su obra: FERRAJOLI, L. *Razones jurídicas del pacifismo*, op.cit., y en el volumen II de su obra “Principia Iuris” (ver páginas 490-506). Aunque, como veremos, Ferrajoli desarrolla una agenda constitucionalista vinculada no solo a los derechos civiles y políticos, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales, a diferencia de Habermas, el concepto de paz que maneja Ferrajoli es un concepto formal: “Expectativa del uso no desregulado y ofensivo de la fuerza, garantizada en vía primaria por la correspondiente prohibición y, en vía secundaria, por la obligación, efecto de su ilícita violación, de un uso de la fuerza predispuesto por específicas normas hipotético-deónticas”, véase: FERRAJOLI, L. *Principia Iuris, Vol. I*, op.cit., p. 837.

³⁴⁵ GARCÍA SÁEZ, J.A. “El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en Principia Iuris”, op.cit., p. 82 y PISARELLO, G. “El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli”, op.cit., p. 13.

³⁴⁶ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Vol. II*, op.cit., p. 498.

Derecho para lograr los objetivos de garantía de la paz y los derechos humanos, sino también porque para el autor la paz es la norma fundamental del orden internacional. La guerra forma parte de la “esfera de lo indecible” de la comunidad internacional³⁴⁷. En este sentido, en atención a la configuración normativa de la prohibición de la guerra en la Carta de las Naciones Unidas, existiría la necesidad de colmar esa laguna con garantías para su efectividad.

Estas dos consideraciones (que el Derecho es una herramienta idónea para mantener la paz y que la prohibición de la guerra es la norma fundante del orden internacional), llevan a Ferrajoli a no “rendirse” frente a las tendencias opuestas a la paz que se registran en la esfera internacional. Adoptando un “optimismo metodológico” hace un llamado a recuperar la dimensión axiológica y normativa de la ciencia jurídica internacional, rehabilitando su función creativa y al mismo tiempo, tomando en serio el Derecho³⁴⁸. En este “llamado” es que desarrolla los argumentos referidos a la constitucionalización de la esfera internacional.

Finalmente, un último argumento conceptual que podemos destacar en la propuesta del autor para sostener la posibilidad de un constitucionalismo cosmopolita, es el rol constitutivo que asigna a la Constitución. Como señalábamos a propósito de las relaciones entre constitucionalismo y cosmopolitismo en el capítulo I, para el autor italiano la Constitución es constitutiva. Es decir, la integración política no es el presupuesto, sino el efecto de la Constitución. La “unidad del pueblo” no es más que la unidad de derechos de quienes forman parte del mismo³⁴⁹. Por ello, cuando se habla de la imposibilidad de contar con una Constitución para Europa o para el modelo federal multinivel, por no existir un “pueblo constituyente”, el autor responde indicando que “el fenómeno de la legitimidad de la

³⁴⁷ GARCÍA SÁEZ, J.A. “El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en Principia Iuris”, *op.cit.*, pp.93-96.

³⁴⁸ FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *op.cit.*, p. 155.

³⁴⁹ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris, Vol. II, op.cit.*, p.545. Agregando argumentos de facto a sus argumentos conceptuales respecto al carácter constitutivo de la Constitución el autor indica, “No creo que en la Inglaterra del siglo XVIII o en la Italia decimonónica (ni siquiera en la de hoy), existieran vínculos pre-políticos e identidades colectivas [...] que existiera, en definitiva, una homogeneidad social mayor que la que hoy existe entre los distintos países europeos o incluso entre los distintos continentes del mundo”, véase: FERRAJOLI, L. *Razones jurídicas del pacifismo*, *op.cit.*, p. 107.

constitución no reside en la existencia de un mítico *demos*, sino en los principios de igualdad de derechos fundamentales y de igual dignidad de las personas en ellos estipulados”³⁵⁰.

Al ser las Constituciones un programa político para futuro, para Ferrajoli no es problemático hablar de la existencia de una Constitución embrionaria en el mundo (compuesta por la Carta de la ONU y los pactos de derechos humanos), porque estas cumplirían con las características de este programa político: imposición a todos los poderes imperativos positivos y negativos que operan como fuente de legitimación. Al igual que las Constituciones estatales, esta Constitución es una utopía de derecho positivo que –aunque no acabada- contiene perspectivas de transformación del propio derecho encaminadas a la igualdad de derechos³⁵¹.

3.3 Condiciones de posibilidad para un constitucionalismo federal garantista³⁵²

Tras el diagnóstico presentado, Ferrajoli constata que la necesidad de desarrollar un constitucionalismo en la esfera global es tanto una exigencia de la idea de derechos humanos y democracia (deber fundamental impuesto también por las cartas internacionales), así como una exigencia de la realidad, entendiéndolo como una condición indispensable para garantizar la paz y la seguridad³⁵³. El constitucionalismo cosmopolita sería el tercer cambio de paradigma del derecho en la modernidad, luego del cambio de paradigma que representara el Estado legislativo y el Estado constitucional de Derecho³⁵⁴.

³⁵⁰ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris, Vol. II, op.cit.*, p. 620 y FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político, op.cit.*, p.172.

³⁵¹ FERRAJOLI, L. *Razones jurídicas para el pacifismo, op.cit.*, p. 101.

³⁵² Aunque hemos aclarado en el capítulo I que utilizaremos el concepto de constitucionalismo cosmopolita en atención a los argumentos expuestos en dicho capítulo, utilizamos aquí esta terminología pues es la que ocupa el autor para referirse a su propuesta, véase: FERRAJOLI, L. *Principia Iuris, Vol. II, op.cit.*, p. 540. El autor también se refiere a su propuesta como un “cosmopolitismo jurídico policéntrico y pluralista” (*Ibidem*, p. 535) o un “constitucionalismo multinivel sin Estado” (*Ibidem*, p. 540).

³⁵³ *Ibidem*, p.532.

³⁵⁴ “Las emergencias globales provocadas por ella [globalización] reclaman un giro histórico, es decir, un tercer cambio de paradigma del derecho, de la política y de la economía, y una tercera etapa en el desarrollo de la modernidad. Después del paradigma legislativo afirmado por el nacimiento de los Estados nacionales, y luego de su evolución en el paradigma constitucional de las actuales democracias nacionales, la alternativa a un futuro de catástrofes ambientales, políticas, económicas y sociales es el desarrollo de un constitucionalismo supranacional”, véase: FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político, op.cit.*, p.171.

El autor constata que si bien tenemos una “Constitución embrionaria” compuesta por la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos sobre derechos humanos de Naciones Unidas, lo que falta para avanzar hacia este nuevo paradigma son “los límites y vínculos fundamentales idóneos para garantizar sus promesas de paz y de igualdad de derechos frente a las agresiones provenientes de la selva de los poderes desregulados, tanto políticos como económicos”³⁵⁵. La transformación del paradigma del derecho internacional -para no quedarse en el papel- requiere ir acompañado de un adecuado sistema de garantías y de las correspondientes instituciones de garantía³⁵⁶.

Para desarrollar las garantías que son necesarias Ferrajoli recurre a su distinción entre garantías primarias y secundarias³⁵⁷, indicando que es necesario,

“[L]a estipulación de una adecuada red con las prohibiciones y obligaciones correspondientes a los mismos, así como instituciones de garantía primaria previstas para asegurar su observancia; de otro, la efectiva justiciabilidad de sus violaciones mediante adecuadas instituciones de garantía secundaria”³⁵⁸.

Aunque para Ferrajoli es posible beneficiarse de las experiencias adquiridas en el marco del Estado constitucional, esto no puede hacernos pensar en crear un modelo de las mismas características a nivel global. En este sentido, Ferrajoli no recurre a la “*domestic analogy*”, pues lo que se rescata en el constitucionalismo cosmopolita no es la traslación exacta del modelo del Estado constitucional al plano internacional (puede haber constitucionalismo que no sea estatal), sino la lógica que está detrás del constitucionalismo: domesticación del poder por parte del derecho legitimado en base a los derechos fundamentales (se traslada la idea de límite más allá del Estado).

Siguiendo la lógica del constitucionalismo garantista que caracteriza al autor³⁵⁹, para Ferrajoli carece de sentido centrar la propuesta en las instituciones vinculadas a la “esfera de

³⁵⁵ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris*, Vol. II, *op.cit.*, p. 475.

³⁵⁶ *Ibidem*, p.480. Algunas de las instituciones de garantía que son desarrolladas por Ferrajoli en su artículo “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global” ya han sido introducidas normativamente en el plano internacional, por ejemplo, la creación de una Corte Penal Internacional. Por ello, a continuación nos centraremos en las garantías que son explicadas en su obra “*Principia Iuris*”.

³⁵⁷ Sobre la distinción entre garantías primarias y secundarias, véase: FERRAJOLI, L. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”. *Doxa*, nº29 (2006): 15-31.

³⁵⁸ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris*, Vol. II, *op.cit.*, pp. 482-483.

³⁵⁹ Con “constitucionalismo garantista” me refiero al “modelo normativo de ordenamiento producido por un cambio de paradigma tanto del derecho como de la democracia, gracias al cual la validez de las leyes y la legitimidad de la política están condicionadas al respeto y a la actuación de las garantías de los derechos

lo decidible” (funciones e instituciones de gobierno), pues justamente lo que se encuentra en crisis es la efectividad de los derechos humanos (esfera de lo indecidible)³⁶⁰. Ello supone, por tanto, poner la atención de la propuesta en el conjunto de instituciones de garantía primarias y secundarias para los derechos humanos a nivel global³⁶¹.

En este sentido, el esquema propuesto es caracterizado por el autor como un “modelo federal”³⁶², en el sentido de que hay una distinción y articulación multinivel entre instituciones supranacionales y estatales, así como de fuentes de producción de normas supraestatales y nacionales. Lo central consistiría en distinguir entre funciones de garantía y gobierno, donde las funciones de gobierno estarían asociadas al ámbito estatal (legitimadas por la representatividad política) y por instituciones de garantía estatales y supraestatales universalistas, legitimadas por la igualdad de derechos³⁶³. De manera similar que en el modelo planteado por Habermas (aunque como se explicará más adelante, con diferencias en el plano de legitimación democrática), existe una división o distribución de competencias³⁶⁴. Las diferentes garantías que desarrolla Ferrajoli están asociadas a las diferentes dimensiones de la democracia constitucional (política, civil, liberal, social), esta vez, actualizadas para el modelo cosmopolita³⁶⁵.

a) *Garantías para la paz*

Una de las primeras condiciones que rescata Ferrajoli para el desarrollo de un constitucionalismo cosmopolita, es el desarrollo de garantías para la paz. Estas son:

estipulados en las constituciones”, véase: FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, op.cit., p.10.

³⁶⁰ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris*, Vol. II, op.cit., p.532.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 533.

³⁶² El autor distingue entre dos tipos de fundamentos del federalismo: organicista/comunitarista y individualista/contractualista. Mientras que el primero estaría basado en reivindicaciones de identidades culturales homogéneas (lo que llama “federalismo para dividir”), el segundo buscaría un pacto constitucional basado en el principio de paz e igualdad de derechos para todos (“federalismo para unir”). Este segundo tipo de federalismo sería aquel que el autor considera aplicable y deseable como fundamento para la comunidad internacional. Véase: *Ibidem*, p.544.

³⁶³ *Ibidem*, pp. 535-536.

³⁶⁴ Indica el autor: “Es claro que la paz, el desarme, la protección de los equilibrios ecológicos del planeta, la tutela frente a las opresiones estatales, la promoción y el financiamiento de las instituciones de garantía de los derechos sociales en los países que carecen de ellos, son todas cuestiones de ámbito global que requieren funciones e instituciones de garantía asimismo global; mientras que se remiten a la autonomía de los Estados y de las instituciones infraestatales todas las demás funciones de gobierno y garantía”, véase: *Ibidem*, p.539..

³⁶⁵ *Ibidem*, pp. 553 y ss.

monopolio jurídico del uso de la fuerza y la prohibición jurídica de las armas y los ejércitos³⁶⁶.

En relación al monopolio jurídico del uso de la fuerza, Ferrajoli destaca las insuficiencias del actual modelo, proponiendo para su superación la implementación de instituciones de garantía primaria (como el “Comité de Estado mayor” previsto en el artículo 47 de la Carta de Naciones Unidas). Asimismo, el autor releva la necesidad de la operatividad de la competencia de la Corte Penal Internacional sobre el crimen de agresión (como garantía secundaria).

Por su parte, el desarme propuesto se lograría a través de la existencia de rígidas convenciones internacionales sobre la prohibición de producción, comercio y tenencia de armas no destinadas al ejercicio de funciones de policía. Como indica el autor, “este sería el signo más tangible del tránsito de la comunidad internacional del estado de naturaleza al estado civil del derecho y también la medida de prevención más eficaz tanto del terrorismo y la criminalidad”³⁶⁷. En definitiva, de esta manera, la prohibición de las armas se transforma en la principal garantía negativa para la paz interior y exterior.

b) Garantías de los derechos humanos

En relación a las garantías de los derechos humanos Ferrajoli pone de relieve la importancia de crear o fortalecer las instituciones de garantía. Por ejemplo, sería necesario (en relación a los derechos sociales), dotar de medios y poder a instituciones como la FAO o la OMS para que cumplan funciones de distribución de prestaciones sanitarias y alimentarias³⁶⁸. Estas serían instituciones de garantía primaria con carácter de autoridades independientes y vinculadas a parámetros legales³⁶⁹.

El autor también plantea una estrategia vinculada a las garantías secundarias, que implique el establecimiento de un control de las resoluciones del Consejo de Seguridad mediante una jurisdicción de constitucionalidad³⁷⁰ y la creación de otras instituciones

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 506.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 509.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 534.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 561.

³⁷⁰ “Como complemento del paradigma constitucional, habría que crear un Tribunal Constitucional Internacional competente para pronunciarse sobre la validez de las resoluciones del Consejo de Seguridad o de

jurisdiccionales subsidiarias a las de los Estados en materia de trabajo, derechos civiles y sociales (de jurisdicción obligatoria y no sometidas a la previa aceptación de los Estados)³⁷¹.

Para financiar estas instituciones de garantía se requeriría una “fiscalidad mundial”, es decir, un poder impositivo supraestatal dirigido a la extracción de recursos para financiar las instituciones de garantía y las políticas sociales³⁷².

c) *Democracia política a nivel internacional*

Otro elemento para el desarrollo de un constitucionalismo democrático a nivel global, es la democratización, desde la perspectiva política, del sistema de Naciones Unidas³⁷³. Si el principio que rige esta dimensión de la democracia es la igualdad, se requiere una reforma al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que excluya los privilegios de las potencias, estableciendo un sistema de igualdad en que cada nación pueda tener la oportunidad de tener representatividad en el Consejo (sistema rotativo y de presencia temporal). Lo mismo debe ocurrir con otros organismos supranacionales, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Su reforma requiere un cambio de criterio en las razones de la representación, que ya no deben estar fundamentadas en el criterio de la participación accionarial (que refleja el poder económico), sino en la tutela de los intereses globales de toda la humanidad³⁷⁴.

Otra cuestión fundamental -en la línea de la distribución de competencias en el modelo federal que plantea el autor- es la necesaria sustracción o disminución de las funciones de gobierno a estos organismos. Deben transformarse en órganos de garantía de la subsistencia y desarrollo económico, como vimos en el apartado referido a las “garantías para los derechos humanos”³⁷⁵.

otras decisiones internacionales en eventual contradicción con la Carta de la ONU, la Declaración de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos de 1966”, véase: *Ibidem*, p. 561.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 561.

³⁷² *Ibidem*, p. 535.

³⁷³ *Ibidem*, p. 557.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 559.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 560.

d) *Garantías para la dimensión civil de la democracia*

Como vimos, una de las cuestiones que preocupa a Ferrajoli es la creciente aparición de poderes económicos y privados que aumentan sin control ni límites y que tienen la capacidad de impactar en el goce y ejercicio de los derechos fundamentales. Aunque el constitucionalismo ha sido concebido históricamente como una herramienta de limitación del poder político, el autor destaca la importancia de utilizar sus herramientas para el control y regulación del poder privado que hoy, igual o incluso en ocasiones más que el poder político, tiene la capacidad de limitar las libertades. En este sentido, la expansión del paradigma constitucionalista que propone el autor no es solo una expansión territorial (más allá del Estado), sino también respecto a los poderes que busca regular³⁷⁶.

Para lograr este objetivo Ferrajoli propone cuatro estrategias: restaurar el papel del gobierno de la esfera pública y su separación de la esfera privada mediante rígidos sistemas de incompatibilidades y conflictos de intereses, fortalecer la protección internacional de los trabajadores (por ejemplo, promoviendo un estatuto mundial de derechos de los trabajadores), atribuir a la esfera pública la producción y distribución de bienes fundamentales (agua o medicamentos) y, finalmente, la imposición de límites a la actividad empresarial en relación a la realización de actividades de carácter nocivo³⁷⁷. Estas últimas dos propuestas se ven complementadas con la introducción de una carta internacional de los bienes fundamentales, que sería idónea para fundar derechos de acceso de que son objeto tales bienes, así como límites rigurosos al mercado y la política³⁷⁸. En definitiva, se trata de crear un “constitucionalismo de derecho privado” que se plantea como única alternativa al desarrollo de poderes salvajes económicos y financieros³⁷⁹.

³⁷⁶ A esto llama el autor una expansión “extensional” del paradigma constitucionalista, véase. FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*, op.cit., p. 176.

³⁷⁷ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris, Vol. II, op.cit.*, pp. 562-565.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 565.

³⁷⁹ FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*, op.cit., p. 177.

e) *Más allá de la ciudadanía*

Una de las últimas condiciones o requisitos que Ferrajoli establece para la consecución del constitucionalismo cosmopolita, es -en palabras del autor- la actualización e institucionalización jurídica del *ius communicationis* de Francisco de Vitoria³⁸⁰.

Como vimos, para Ferrajoli la ciudadanía es una aporía insuperable del constitucionalismo supranacional³⁸¹. Tomarse en serio los derechos requiere reconocer su carácter supraestatal y, por ello, disociarlos de la ciudadanía y la estatalidad. Ello supone dos alternativas: superar la ciudadanía como categoría, o bien avanzar hacia una ciudadanía universal. Ambas alternativas implican reconocer como fundamentales los derechos de residencia y circulación (transformar derechos que actualmente son derechos de ciudadanía en derechos de la persona), evitando que cualquier consideración que no sea la de ser una persona, sea presupuesto de los derechos-poder de autonomía política y civil³⁸².

f) *Sentido cívico ampliado*

Ferrajoli es consciente de la imposibilidad de desarrollar un constitucionalismo cosmopolita sin ciertas condiciones pragmáticas, como es el desarrollo de lo que el llama un “sentido cívico ampliado”, donde los derechos humanos, la democracia y paz se transformen en un horizonte socialmente compartido³⁸³. Esta condición estaría anclada en nuestra común identidad como seres humanos y en la participación en los comunes intereses vitales, generada o propiciada por un sentido común de “autoconservación”. La movilización de todos/as y la generación de lazos de solidaridad se ve favorecida la igualdad de derechos y

³⁸⁰ El derecho a migrar o *ius migrandi* es uno de los derechos naturales más antiguos, formulado por Francisco de Vitoria en 1539 derivándolo del *ius communicationis* y colocándolo como fundamento del nascente derecho internacional. Aunque se tratara inicialmente de una justificación para legitimar la colonización española, cabe rescatar que en sus fundamentos estaba la noción del igual derecho de todos a moverse libremente por el planeta. véase: FERRAJOLI, L. *Razones jurídicas del pacifismo*, op.cit., pp. 125-126.

³⁸¹ FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*, op.cit., p. 176.

³⁸² FERRAJOLI, L. *Principia Iuris*, Vol. II, op.cit., p. 568.

³⁸³ *Ibidem*, p.570. Aunque el derecho de asilo no es un elemento que el autor desarrolla en *Principia Iuris*, en escritos anteriores había sostenido que un camino viable (y más realista en el corto plazo), implicaba ampliar los presupuestos actuales del asilo, véase: FERRAJOLI, L. *Razones jurídicas del pacifismo*, op.cit., p. 110. Para el autor, las limitaciones actuales representan una fase paleoliberal del constitucionalismo, pues hoy ya no solo contamos con derechos que aseguran la libertad, sino la subsistencia. Por ello, debería ampliarse el refugio a lesiones al derecho de subsistencia (refugiados económicos), véase: *Ibidem*, p. 111.

³⁸⁴ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris*, Vol. II, op.cit., p.586.

es a partir de esta movilización es cómo puede generarse una esfera pública internacional que impulse los cambios argumentados por el autor³⁸⁴. El “sustrato material y cultural” de la posibilidad de un constitucionalismo cosmopolita es la lucha global por la paz y los derechos humanos. Para la generación de este movimiento, Ferrajoli sostiene que deben darse dos batallas: una batalla cultural que sitúe a los derechos fundamentales como centro de la agenda política y una batalla política que busque el renacimiento del compromiso político³⁸⁵.

3.4 Constitucionalismo y cosmopolitismo en Ferrajoli

El constitucionalismo en Ferrajoli ha sido desarrollado como proyecto teórico y como modelo político. Como proyecto teórico es un,

“[M]odelo normativo de ordenamiento producido por un cambio de paradigma tanto del derecho como de la democracia, gracias al cual la validez de las leyes y la legitimidad de la política están condicionadas al respeto y a la actuación de las garantías de los derechos estipulados en las constituciones”³⁸⁶.

El proyecto político implica abrazar el garantismo como un programa de futuro que genere un amplio consenso en base a los derechos fundamentales³⁸⁷.

En el caso del constitucionalismo cosmopolita de Ferrajoli, el constitucionalismo aparece en estas dos dimensiones. Mientras que Ferrajoli identifica en la Constitución embrionaria del mundo también un cambio de paradigma que se produce de manera paralela al cambio de paradigma que en el Derecho produce el Estado constitucional (pero esta vez aplicado a escala mundial); como proyecto político, el constitucionalismo cosmopolita se presenta como la consecuencia necesaria de la vocación expansiva del constitucionalismo y como la única forma de tomar en serio la universalidad de los derechos a través de la creación de sus respectivas garantías.

Al igual que en el caso de Habermas, para Ferrajoli el constitucionalismo si bien nace históricamente en relación al Estado constitucional, su lógica puede ser aplicada más allá del Estado. En este sentido, el paradigma del Estado de Derecho es en efecto aplicable a cualquier

³⁸⁴ *Ibidem*, p.587.

³⁸⁵ FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*, op.cit., pp. 234-235.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 10.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 233.

ordenamiento, incluso el internacional³⁸⁸. El que no se traslade -sin intermediaciones- el modelo constitucionalista estatal al plano internacional no impide que podamos calificar la propuesta de Ferrajoli a nivel global de “constitucionalista”, pues lo que caracteriza su propuesta está en la base del paradigma del constitucionalismo: limitación del poder para garantizar los derechos (esta vez a nivel universal). El único elemento que queda “fuera” de esta constitucionalización sería la dimensión de la democracia política (la esfera de lo decidible), pues las funciones de gobierno, al ser legitimadas por la representación política, deben seguir siendo todo lo posible competencia de los Estados nacionales³⁸⁹. Como veremos en el capítulo III (a propósito de las perspectivas críticas de un constitucionalismo cosmopolita), la omisión de este elemento ha sido uno de los más criticados en la teoría cosmopolita de Ferrajoli. Sin embargo, como hemos explicado, desde el punto de vista del análisis interno del autor, resulta coherente con la vocación formal que tiene su obra y en su caracterización del constitucionalismo garantista que distingue entre funciones de gobierno y funciones de garantía.

En relación al cosmopolitismo, podemos afirmar sin problemas que su propuesta se enmarca dentro de aquellas que hemos calificado como “cosmopolitismo jurídico”, pues se trata de una propuesta que utilizando el lenguaje constitucional y del derecho, busca desarrollar un modelo jurídico más allá de las fronteras del Estado cuyo fin es garantizar los derechos humanos, donde los actores no son solo los Estados, sino también los individuos³⁹⁰.

³⁸⁸ FERRAJOLI, L. *Razones jurídicas para el pacifismo*, *op.cit.*, p. 106. Esto se posibilita para Ferrajoli por el carácter formal del constitucionalismo como proyecto: “Su modelo teórico [del constitucionalismo] es un modelo formal, cuya sintaxis, al comportar la imposición de límites y vínculos garantistas, puede valer para cualquier sistema de poderes, sean públicos o privados, estatales o supraestatales”, véase: FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*, *op.cit.*, p. 172.

³⁸⁹ En cambio, como vimos, las funciones de garantía, legitimadas por la sujeción a la ley y por la universalidad de los derechos fundamentales que garantizan, no solo pueden, sino que deben ser instituidas a escala internacional. Véase: *Ibidem*, p. 180.

³⁹⁰ El autor califica su propuesta de “cosmopolita”, sin embargo, en un sentido conceptual distinto al que hemos desarrollado. Caracteriza a su propuesta como “cosmopolita” por oposición al globalismo jurídico (que serían propuestas unicéntricas y monistas). Para el Ferrajoli el cosmopolitismo estaría vinculado a una visión del derecho policéntrica y pluralista, es decir, el cosmopolitismo sería una forma de describir ordenamientos jurídicos concurrentes y que operan de manera pluralista o en red. Sin embargo, esta definición más que describir al cosmopolitismo (como tradición filosófica), alude a las formas de coordinación de ordenamientos jurídicos diversos, véase: FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Vol. II*, *op.cit.*, p. 535.

Lo complejo en el caso de Ferrajoli es su calificación como cosmopolita en el sentido moral del concepto. El propio autor es tajante en señalar que su propuesta no se compromete con ningún tipo de universalismo ético³⁹¹. Esta afirmación es coherente además con el planteamiento formal que maneja en relación a los derechos fundamentales³⁹².

Estas afirmaciones son las que le han concitado un mayor número de críticas, en el sentido de que no sería coherente o posible sostener un constitucionalismo cosmopolita como lo hace Ferrajoli sin, a la vez, basar el planteamiento también en una propuesta moral³⁹³. Como sostiene Ruiz Miguel, detrás de toda la construcción de Ferrajoli subyacen claros criterios morales de raigambre ilustrada y universalista³⁹⁴, aunque el propio autor sostenga su lejanía con este tipo de fundamentaciones. Sin entrar a discutir el concepto de derechos fundamentales del autor o su posición en relación al cognoscitivismo ético³⁹⁵, es posible sostener que hay ciertos rasgos que -en contra de su propia autodefinición- podrían llevarnos a identificar elementos de un cosmopolitismo en el sentido moral en la juridificación del orden internacional que nos propone Ferrajoli. Por ejemplo, basta con señalar los argumentos de Ferrajoli referidos a la importancia de la generación de un sentido común cívico basado en nuestra identidad común de seres humanos o la importancia de la comunidad de nuestros intereses vitales³⁹⁶. Estos elementos plantean la pregunta que ya esbozábamos en el capítulo I referente a si es posible sostener un discurso cosmopolita en el plano institucional sin mantenerlo en el plano moral. Una estrategia que parecería plausible, es plantear el discurso

³⁹¹ *Ibidem*, pp. 548-553.

³⁹² FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Teoría de derecho y la democracia. Vol. I*. Traducción de Juan Carlos Bayón, Marina Gascón y Luis Prieto Sanchís. Madrid: Trotta, 2013, pp. 684-777 y FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001, pp. 287-382. Como indica Ansuátegui, “la definición de derecho fundamental presentada por Ferrajoli adquiere sentido dentro de su universo conceptual y metodológico”, véase: ANSUÁTEGUI, F.J. “Los derechos fundamentales en *Principia Iuris* (o límites a la teoría del derecho)”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 29 (2013): 43.

³⁹³ Véase, en este sentido: RUIZ MIGUEL, A. “Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita”. *Doxa*, n°31 (2008): 355-368; MARTÍNEZ, J. “Democracia constitucional cosmopolita, federalismo y esfera pública en el iuspositivismo constitucionalista de Luigi Ferrajoli”, *op.cit.*, pp.170-178 y; PUPPO, A. “Constitucionalismo global y excepción internacional: una mirada escéptica a *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli”, *op.cit.*, p. 31. Estas críticas fueron respondidas por el autor, quien destaca que su propuesta no implica negar que los derechos fundamentales tengan fundamento en ciertos valores (igualdad o libertad), pero señala que no es posible asumir que aquellos valores morales puedan ser impuestos universalmente, véase: FERRAJOLI, L. “*Principia Iuris*. Una discusión teórica”. *Doxa*, n°31 (2008): 416-418.

³⁹⁴ RUIZ MIGUEL, A. “Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita”, *op.cit.*, p. 361.

³⁹⁵ Estas discusiones pueden ser revisadas en los trabajos recogidos en la obra: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op.cit.*, y en: ANSUÁTEGUI, F.J. “Los derechos fundamentales en *Principia Iuris* (o límites a la teoría del derecho)”, *op.cit.* y ATIENZA, M. “Tesis sobre Ferrajoli”. *Doxa*, n°31 (2008): 213-216.

³⁹⁶ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Vol. II*, *op.cit.*, p. 586.

cosmopolita jurídico solo en términos utilitarios, pensando en la pertinencia del proyecto solo con la finalidad de la sobrevivencia de la humanidad. Esta pareciera la opción de Ferrajoli cuando sostiene:

“A diferencia de todas las demás catástrofes pasadas, la nuclear y la ecológica —el agujero de la capa de ozono, los cambios climáticos, el crecimiento del nivel de los océanos, el agotamiento de los recursos energéticos— son en gran medida irremediables, y quizá nos falte tiempo para obtener las lecciones debidas. Por primera vez en la historia existe el peligro de que se adquiera conciencia de cambiar el camino y de establecer un nuevo pacto, un ‘nuevo nunca más’, cuando ya sea demasiado tarde. Ciertamente, habrá que llegar en todo caso a ese nuevo pacto. Pero esta vez no podemos darnos el lujo de esperar. Es posible que antes la humanidad se destruya a si misma o devaste el planeta”³⁹⁷.

Sin embargo, como vimos, los argumentos de Ferrajoli no son solo de carácter pragmático, sino que también existe un compromiso con el constitucionalismo como proyecto político y una argumentación con bases filosóficas de raigambre kantiana (vinculadas al pacifismo jurídico y a la racionalidad ilustrada). Y, desde esa perspectiva, los derechos fundamentales y su fundamentación juegan un rol central en la argumentación del modelo. En este sentido, parece plausible sostener que salvo que se sostenga una estrategia netamente utilitaria para justificar el cosmopolitismo jurídico, un proyecto como el presentado por Ferrajoli tiene que basarse en algún tipo de propuesta moral³⁹⁸.

4. Reconstrucción argumentativa del constitucionalismo cosmopolita

En atención a la reconstrucción argumentativa realizada de las propuestas de Habermas y Ferrajoli, es posible identificar los elementos que nos sirven tanto de parámetros comparativos, así como de pilares para la reconstrucción de una teoría del constitucionalismo cosmopolita. En este sentido, ambas propuestas pueden ser analizadas desde la perspectiva de sus: a) bases filosóficas, b) fundamentos, c) modelo de legitimidad, d) conceptos de Estado y Constitución, e) teoría del Derecho y, f) arreglos institucionales. Los elementos propuestos

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 584.

³⁹⁸ Como indica Puppo: “un fundamento moral para su proyecto necesita una cierta forma de objetivismo, sin la cual el proyecto pierde no solamente su fuerza sino también su inteligibilidad. Probablemente el optimismo metodológico y la exagerada confianza en el derecho (el hiperjuridicismo), se deben al propósito de defender un proyecto normativo cuyo fundamento es moral, sin admitir que la bondad del proyecto depende de la satisfacción de alguna moral objetiva”, véase: PUPPO, A. “Constitucionalismo global y excepción internacional: una mirada escéptica a Principia Iuris de Luigi Ferrajoli”, *op.cit.*, p.31.

permiten extraer las bases sobre las cuales se construye el constitucionalismo cosmopolita contemporáneo.

4.1 Bases filosóficas

Las propuestas analizadas comparten bases filosóficas que se remontan a postulados kantianos. En este sentido, podemos destacar que tanto en Habermas como en Ferrajoli, están presentes las ideas de “progreso moral de la humanidad” y de asignar al Derecho un rol relevante para lograr este progreso.

Respecto al progreso moral de la humanidad, en el caso de Habermas, este elemento se encuentra presente en el esfuerzo que realiza el autor por identificar tendencias positivas para avanzar hacia un constitucionalismo cosmopolita, encontrando en esos procesos lo que el denomina “una razón latente en la historia”, en las luchas de los movimientos sociales, en las instituciones el Estado Democrático de Derecho³⁹⁹. A diferencia de Kant, sin embargo, el autor no confía solo en la filosofía de la historia, sino más bien en los procesos públicos de aprendizaje que en el juego político nos llevan a avanzar en el perfeccionamiento del “proyecto inconcluso de la modernidad”⁴⁰⁰. Esta circunstancias han hecho que Habermas sea calificado como un “posibilista”, en el sentido de que busca identificar las posibilidades empíricamente existentes, encontrando además en ellas la encarnación de estructuras de racionalidad⁴⁰¹. Ferrajoli por su parte, alude a esta cuestión en la última parte de su obra *Principia Iuris*. Haciendo referencia explícita a Kant⁴⁰², indica que el proyecto constitucionalista es un buen ejemplo de la disposición progresiva en el plano moral del género humano: “Este ‘esperar lo mejor’ para el género humano, está hoy diseñado a escala nacional y supranacional, por el proyecto constitucionalista de convivencia civil formulado tras los horrores de las guerras mundiales”⁴⁰³.

³⁹⁹ VELASCO, J.C. *Para leer a Habermas*, op.cit., pp. 98-99.

⁴⁰⁰ VELASCO, J.C. *Habermas. El uso público de la razón*, op.cit., p.180.

⁴⁰¹ MC CARTHY, T. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Traducción de Miguel Jiménez. Madrid: Tecnos, 1987, p.464.

⁴⁰² Acude a su famosa constatación de que “como el género humano se halla en continuo avance por lo que respecta a la cultura, que es su fin natural, también cabe concebir que progresa a mejor en lo concerniente al fin moral de su existencia, de modo que este progreso sin duda será a veces interrumpido, pero jamás roto”, véase: FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Vol. II*, op.cit., p. 589.

⁴⁰³ *Ídem*. Cabe destacar que, sin embargo, la caracterización del autor como deudor de una determinada filosofía de la historia es controvertida por el propio Ferrajoli. El autor destaca que -pese a estas afirmaciones- no tiene

En relación al rol del Derecho, en ambos autores esta herramienta -siguiendo la tradición del pacifismo jurídico- se presenta como una garantía para la paz. Hay una optimista confianza en que sobre todo la razón jurídica es un camino idóneo para la domesticación del poder⁴⁰⁴. En el caso de Habermas, este planteamiento se manifiesta con claridad cuando analiza las tendencias actuales en los debates entre realistas e imperialistas hegemónicos y Habermas sigue apostando por la razón jurídica como medio idóneo para realizar los fines proclamados para el mantenimiento de la paz y la realización a escala global de los derechos humanos⁴⁰⁵.

Sin embargo, el “pacifismo jurídico” sostenido por ambos autores tiene matices. En el caso de Ferrajoli, la idea de guerra es incompatible con el Derecho. No existe una posibilidad de una guerra que pueda ser calificada de “justa o injusta”. En el caso de Habermas, es posible justificar una intervención humanitaria bajo condiciones específicas⁴⁰⁶. El aspecto central que sin embargo une a estos dos autores con la tradición kantiana, es la idea de razón ilustrada, donde el Derecho cumple la función de asegurar la libertad que cumple una situación jurídica que los/as ciudadanos/as pueden reconocer libremente como legítima⁴⁰⁷.

Conforme a lo expuesto, es posible sostener que uno de los elementos fundamentales en la construcción de un discurso sobre el constitucionalismo cosmopolita en el debate contemporáneo, es una base filosófica de herencia ilustrada que rescata las nociones de progreso moral de la humanidad y que ve en el Derecho una herramienta idónea para alcanzar

ninguna filosofía de la historia. Afirma en la revista *Doxa* (respondiendo a sus críticos): “Contesto que no tengo ninguna filosofía de la historia. El ‘optimismo metodológico’ del que he hablado como del principio informador de la ‘lucha por el derecho’, no es más que la otra cara del rechazo a cualquier filosofía de la historia de tipo determinista: es decir, de la falacia en la cual caen muchos realistas, según la cual aquello que sucede no puede no suceder”, véase: FERRAJOLI, L. “*Principia Iuris. Una discusión teórica*”, *op.cit.*, p. 432.

⁴⁰⁴ MARTÍNEZ, J. “Razón ilustrada, cosmopolitismo democrático y federalismo. Luigi Ferrajoli tras los pasos de Immanuel Kant, Hans Kelsen y David Held”, *op.cit.*, p.87. Ferrajoli es tajante: “hemos de reconocer que no hay alternativas racionales al derecho”, véase: FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Vol. II, op.cit.*, p. 585. Esto es una manifestación del carácter “optimista normativo” que tiene el modelo del Estado de Derecho a que hace referencia Danilo Zolo y que es “la creencia en la capacidad del Derecho de controlar, racionalizar y limitar el ejercicio del Poder político”, véase: ZOLO, D. “Teoria e critica dello Stato di diritto”. En: ZOLO, D. Y COSTA, P. (Eds.) *Lo Stato di diritto*. Milán : Feltrinelli, 2002, p. 35.

⁴⁰⁵ HABERMAS, J. *El occidente escindido, op.cit.*, p.114. Este planteamiento debe entenderse en la perspectiva más amplia del autor respecto al rol del Derecho en nuestras sociedades, donde se presenta como una “bisagra” entre el mundo de la vida y la esfera sistémica del poder y el dinero. El Derecho es el medio institucional básico para garantizar el mantenimiento y reproducción de los procesos comunicativos y para velar por la integración normativa de la sociedad, véase: VELASCO, J.C. *Para leer a Habermas, op.cit.*, p.71.

⁴⁰⁶ HABERMAS, J. *El occidente escindido, op.cit.*, pp. 87-110.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p.119.

la paz. En este sentido, el constitucionalismo cosmopolita, a diferencia de otras agendas de explicación y entendimiento del orden internacional (como sería la del constitucionalismo global que se basa solo en la explicación de las tendencias de constitucionalización del orden internacional), es continuadora de una tradición filosófica de pensamiento que, rescatando el ideal ilustrado, lo actualiza y comprende bajo el paradigma constitucionalista.

4.2 Fundamentos a partir de un diagnóstico común

Los elementos pragmáticos en las argumentaciones de los autores analizados juegan un doble rol: por una parte auguran un escenario apocalíptico que requiere soluciones urgentes para las cuales el Estado aparece como insuficiente (lo que es más evidente en la argumentación de Ferrajoli)⁴⁰⁸ y, por otra parte, evidencian o muestran tendencias prometedoras de una sociedad global cada vez más integrada donde las innovaciones del derecho de postguerra aparecen como un nuevo paradigma (estrategia utilizada fundamentalmente por Habermas)⁴⁰⁹. En este sentido, los elementos pragmáticos, aunque con estrategias diversas, auguran un escenario donde se hace necesario (estrategia apocalíptica) y posible (estrategia optimista) el constitucionalismo cosmopolita.

Un elemento común en que ambos autores siguen la línea marcada por Kant, es en la identificación de los peligros comunes para la humanidad y, a partir de esta constatación, se rescata la noción de “común vulnerabilidad” que nos une y que exige la adopción de soluciones globales a problemas comunes. Habermas augura que “los procesos de globalización [...] nos han acostumbrado poco a poco a otra perspectiva: nos presentan, cada vez de forma más clara, lo limitado de nuestro escenario social, los riesgos que asumimos en común, y lo íntimamente unidos entre sí que se encuentran nuestros destinos colectivos”⁴¹⁰. En el mismo

⁴⁰⁸ Ansuátegui califica esta estrategia como “pesimista”, pues se basa en la identificación de las deficiencias del Estado para hacer frente a los problemas globales, véase: ANSUÁTEGUI, F.J. “La propensión cosmopolita del constitucionalismo”, *op.cit.*, 18. Aunque como vimos, en relación a las bases filosóficas de la propuesta Ferrajoli, ésta sí puede ser calificada de “optimista” respecto a su idea de progreso moral de la humanidad. Uniendo estas dos perspectivas, Ruiz Miguel califica la propuesta de Ferrajoli como “apocalíptica-optimista”, véase: RUIZ MIGUEL, A. “Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita”, *op.cit.*, p. 365.

⁴⁰⁹ “[...] existe una tendencia prometedora, pero débil: la de una red legal cada vez más densa para la integración transnacional de una sociedad mundial, que si bien está llena de conflictos, dirige nuestra atención a una dimensión adicional, hasta el momento desatendida, del concepto de sociedad mundial. Dicha dimensión, la de una integración por medio del derecho internacional, añade un nuevo elemento al concepto de una sociedad dividida culturalmente”, véase: HABERMAS, J. “El resurgimiento de la religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad? *Dianoia*, n°60 (2008): 11.

⁴¹⁰ HABERMAS, J. *La constelación posnacional*, *op.cit.*, p. 77.

sentido Ferrajoli indica: “las crecientes desigualdades [...] están unidas por una misma condición de debilidad, de exposición a violencias y a atropellos, de precariedad en las condiciones de vida. En este sentido, para ambos autores, la generación de una “comunidad involuntaria de riesgo”⁴¹¹ es un aspecto que nos puede hacer augurar que los individuos terminen buscando soluciones comunes a los problemas globales.

Sin embargo, una cuestión que en el contexto descrito llama la atención, es la ausencia de elementos extra-europeos en el diagnóstico. Ambas propuestas teóricas son altamente eurocentristas⁴¹², dejando de lado desarrollos de tendencia en otras latitudes que pudieran reflejar la necesidad de avanzar hacia un modelo cosmopolita, sino que también muestran rasgos de este tipo de unificación⁴¹³. Si una propuesta es cosmopolita, no solo debe serlo en relación a su fundamentación conceptual, sino también en relación a su vocación de ser comprensiva de procesos globales⁴¹⁴.

4.3 Modelo de legitimidad

Toda propuesta de constitucionalismo cosmopolita, al igual que el constitucionalismo en general, tiene una respuesta o bien se basa en un determinado modelo de legitimidad y, en definitiva, en una determinada teoría de la democracia⁴¹⁵. Aunque los autores analizados compartan la visión de la necesidad de un constitucionalismo cosmopolita, las teorías de la democracia que subyacen en sus teorías hacen que sus propuestas varíen considerablemente en el plano de la legitimidad de las decisiones adoptadas en el plano global.

⁴¹¹ Expresión utilizada por Habermas, en: HABERMAS, J. “La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años”, *op.cit.*, p. 78.

⁴¹² En relación al carácter eurocéntrico de la propuesta de Ferrajoli, véase: PUPPO, A. “Constitucionalismo global y excepción internacional: una mirada escéptica a *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli”, *op.cit.*, p.33.

⁴¹³ Un esfuerzo en esta materia, aunque sin utilizar las reflexiones conceptuales del constitucionalismo cosmopolita, lo realiza Armin von Bogdandy en el Instituto Max Planck, que en los últimos años se ha dedicado a estudiar los procesos de interacción entre derecho internacional y derecho interno en América Latina y la creación de lo que el denomina un “*ius constitutionale commune*” en torno a los derechos humanos, véase: VON BOGDANDY, A. “*Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*”. *Revista Derecho del Estado*, nº34 (2015): 3-50.

⁴¹⁴ Se debería buscar una estrategia metodológica que también asuma el cosmopolitismo. Si bien se trata de un proyecto ilustrado de raíces europeas, como proyecto normativo exige la integración de otros procesos globales en el análisis. Sobre la metodología cosmopolita, véase: BECK, U. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, *op.cit.*

⁴¹⁵ Sobre los modelos de legitimidad y las teorías de la democracia que sustentan las diferentes corrientes del constitucionalismo contemporáneo, véase: ALTERIO, M. “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *op.cit.*

Mientras Ferrajoli maneja una teoría de la democracia sustancial⁴¹⁶, Habermas adopta un modelo deliberativo⁴¹⁷. Esto significa que en el primer caso, frente a la pregunta sobre la legitimidad no importa sólo el cómo y el quién, sino también el qué. La democracia constitucional está dotada de normas que limitan el contenido de las decisiones y que también exigen adoptar ciertas decisiones (es decir, no solo se establece lo que es prohibido sino también lo que es obligatorio)⁴¹⁸. En el segundo caso, en el modelo deliberativo, la respuesta a la pregunta sobre la legitimidad se basa en la observación de la participación de todos/as los/as interesados/as en condiciones igualitarias en el discurso.

A partir de estas consideraciones se comprenden las fuentes de legitimación que se exigen a los distintos poderes en las propuestas de Habermas y Ferrajoli. Si Ferrajoli maneja una noción sustancial de la democracia, una legitimación formal de tipo democrático-representativo es esencial para las funciones de gobierno⁴¹⁹, cuya legitimación sustancial es solamente negativa. Por ello, el autor (identificando las deficiencias formales democráticas de los órganos internacionales), propone sustraer a éstos de este tipo de funciones, dejando a la esfera internacional únicamente funciones de garantía. En efecto, respecto de las funciones de garantía no se exige una legitimación formal de tipo democrático, sino una solamente legal, pues para este tipo de órganos se requiere un tipo de legitimación que consiste en la aplicación sustancial cuando se haya comprobado la violación de los derechos⁴²⁰.

En el caso de Habermas, la constatación de que las decisiones que afectan a todos/as no están siendo tomadas por los/as afectados/as, en base al principio de autodeterminación democrática y participación, lo lleva a centrar gran parte de su propuesta en la preocupación por dotar de legitimidad a las decisiones, mediante un sistema multinivel donde las cadenas

⁴¹⁶ “La democracia constitucional se configura así como un paradigma complejo que incluye [...] la dimensión política o *formal*, también una dimensión que he llamado *sustancial*, dado que se refiere a la sustancia de las decisiones”, véase: FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Vol. II, op.cit.*, p. 15.

⁴¹⁷ El modelo deliberativo de Habermas es explicado en los siguientes términos por Velasco: “Con la noción de ‘deliberación’ se designan los procesos políticos argumentativos previos a la toma de decisiones. En la comprensión normativa desarrollada por Habermas, tales procesos deliberativos se conciben como mecanismos legítimos de poder, aunque para ser cualificados como tales se requiere que tengan carácter público y que todos los afectados por las decisiones que se tomen disfruten de las mismas oportunidades de participación. Habermas comenzó a emplear la expresión ‘política deliberativa’ en su libro *Facticidad y validez* (1992), y con ella caracteriza desde entonces el núcleo de su teoría de la democracia”, véase: VELASCO, J.C. *Habermas. El uso público de la razón, op.cit.*, p.280.

⁴¹⁸ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Vol. II, op.cit.*, p. 15.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 29.

⁴²⁰ *Ídem*.

de legitimación son diversas y compartidas. Como señala el autor, su objetivo es contradecir el lugar común que sostiene que no es posible transnacionalizar la soberanía popular sin que aquello tenga costes en el nivel de legitimación⁴²¹.

4.4 Separación conceptual entre Estado y Constitución

Otro elemento relevante en la construcción de una teoría del constitucionalismo cosmopolita es la necesidad de separar conceptualmente el Estado del concepto de Constitución. En ambos autores encontramos la afirmación de que el hecho de que la Constitución surgiera en el marco de la construcción del Estado moderno es una contingencia histórica, pero no una exigencia necesaria del concepto de Constitución. Esto implica, además, asumir que el *demos* no requiere una común identidad cultural o nacional de los asociados que pactan, sino por el contrario, diversidad y virtual conflictualidad⁴²². Ferrajoli, como analizamos, pone énfasis en que la asunción de la identificación del *demos* con el *ethnos* no solo no ha existido en el plano histórico, sino que tampoco es necesaria en el plano axiológico o filosófico-político⁴²³. En el caso de Habermas, si bien reconoce que históricamente ha existido una tensión entre los elementos étnicos y cívicos en la construcción de la identidad, enfatiza en que el éxito de la Constitución radica justamente en “reemplazar los vínculos corporativos en desintegración de la sociedad pre moderna, por lazos de solidaridad entre los ciudadanos”⁴²⁴.

En ambos autores es la igualdad jurídica estipulada por los pactos constitucionales la que permite la creación de una esfera pública donde confluyen los intereses de todos/as⁴²⁵.

La Constitución, en este sentido, más que representar una voluntad común unificada, es un pacto que garantiza los derechos de todos/as para la convivencia pacífica. Esta concepción es la que permite a los autores utilizar el lenguaje constitucional desde una

⁴²¹ HABERMAS, J. “The crisis of the european unión in the light of a constitutionalization of international law”, *op.cit.*, p. 339.

⁴²² FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Vol. II, op.cit.*, p. 51.

⁴²³ *Ídem*.

⁴²⁴ HABERMAS, J. *La inclusión del otro, op.cit.*, p. 92.

⁴²⁵ Como indica el autor italiano, “Es en efecto sobre la igualdad de los derechos, como garantía de todas las diferencias de identidades personal, donde madura la percepción de los asociados como iguales; y es sobre la garantía de los derechos fundamentales como derechos iguales donde se desarrollan el sentido de pertenencia y la identidad de la comunidad política”, véase: FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Vol. II, op.cit.*, p. 53.

perspectiva cosmopolita. Si hay un entendido “comunitarista” (como lo denomina Habermas), del concepto de Constitución y que, además, identifica soberanía territorial con soberanía popular, se hace imposible pensar en un constitucionalismo de carácter cosmopolita⁴²⁶.

4.5 Teoría del Derecho

Una teoría de la constitucionalización del orden internacional debe ofrecer una respuesta la pregunta de la validez y eficacia de las normas cosmopolitas. Aunque este aspecto debería jugar un rol fundamental en la argumentación de los autores, lo cierto es que como destaca García Sáez, el derecho internacional sigue siendo un añadido y no una parte esencial en la construcción de la teoría general del Derecho⁴²⁷. Generalmente la teoría del Derecho sigue pensándose desde la perspectiva del derecho estatal, relegando el rol del derecho internacional (y en este caso, del tercer nivel del derecho -derecho cosmopolita-), a un segundo plano, lo que se refleja también en el estudio de los autores abordados en este capítulo⁴²⁸. Sin embargo, hay algunos elementos en las propuestas de los autores que permiten dilucidar aspectos sobre rol del derecho cosmopolita en la construcción de una teoría del Derecho.

En el caso de Habermas encontramos un intento de explicar el funcionamiento de las normas en el plano supranacional mediante lo que el denomina la fórmula del “desplazamiento del peso”. Como vimos, el autor explica que el cumplimiento de normas respecto de las cuales no existe un aparato de coerción (como sería las normas del derecho europeo), se ha producido un desplazamiento en el balance entre los dos componentes de exigibilidad del derecho (legitimidad y coerción). El desplazamiento se ha trasladado hacia

⁴²⁶ En este sentido, ambos autores polemizan con el concepto de lo político y de Constitución de Schmitt, véase: *Ibidem*, pp.544-548 y HABERMAS, J. “The crisis of the european unión in the light of a constitutionalization of international law”, *op.cit.*

⁴²⁷ GARCÍA SÁEZ, J.A. “El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en Principia Iuris”, *op.cit.*, p.101. En el mismo sentido, véase: PUPPO, A. “Constitucionalismo global y excepción internacional: una mirada escéptica a Principia Iuris de Luigi Ferrajoli”, *op.cit.*, p.19.

⁴²⁸ Aunque esta es una circunstancia que el propio Ferrajoli es consciente: “la ciencia jurídica internacionalista, después de tres siglos de Derecho Internacional pacticio, todavía no ha actualizado sus categorías ni se ha librado de cierta falta de seguridad en sí misma, casi un complejo de inferioridad científica y jurídica, que le lleva muy a menudo a infravalorar la nueva dimensión normativa del Derecho Internacional, plasmándola todavía hoy sobre la efectividad de las relaciones de fuerza entre los Estados, según la vieja enseñanza de Alberico Gentili y Hugo Grocio”, véase: FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Vol. II, op.cit.*, p. 480.

un reconocimiento de la legitimidad de la autoridad supranacional, aunque el monopolio de la fuerza siga manteniéndose en los Estados⁴²⁹. Esto supone para el autor una tendencia hacia la equiparación del valor del derecho estatal y el derecho internacional, en palabras de Habermas: “a medida que se abre la pinza entre las instancias supraestatales que dictan el derecho y las instancias estatales que se reservan un uso legítimo del poder para imponer el derecho supranacional, el derecho internacional y el derecho estatal quedan ya hoy equiparados en la dimensión de su valor”⁴³⁰. Esto supondría para Habermas un acercamiento -aunque muy débil aún- a una concepción monista del derecho como la que había avanzado Kelsen⁴³¹.

Por el contrario, en el caso de Ferrajoli, la explicación no tiende hacia un monismo sino más bien a una visión policéntrica del Derecho. El autor indica que a tenor del derecho vigente es posible sostener la existencia de un “pluralismo de los ordenamientos”, entendido como una red compleja y diversa integrada y articulada por diferentes ordenamientos e instituciones jurídicas⁴³². En este sentido, entiende que ni el monismo ni el dualismo tienen fuerza explicativa de los actuales desarrollos del derecho internacional. Pero, como destaca García Sáez⁴³³, en el contexto de una obra compleja como es *Principia Iuris*, llama la atención que el “descarte” que se realiza del monismo y del dualismo no se base en mayores explicaciones sobre la validez de las normas producidas en el ámbito cosmopolita y se limite a una constatación fáctica de la diversidad de ordenamientos jurídicos existentes.

4.6 Arreglos institucionales

La argumentación de ambos autores que permite calificarlos de “constitucionalistas”, es la referida a la constatación de las virtudes del Estado Constitucional de Derecho como un

⁴²⁹ HABERMAS, J. “Un alegato a favor de la constitucionalización del derecho internacional”, *op.cit.*, pp. 139-140.

⁴³⁰ HABERMAS, J. *¡Ay Europa!*, *op.cit.*, p.124.

⁴³¹ “La realidad parece acercarse, si bien a paso de tortuga, a la concepción unitaria del derecho internacional de Hans Kelsen. Y es que para poder reconocer estas tendencias como tales, debemos percibir las a la luz de un concepto flexible de derecho. Y, en la medida en que modifiquemos de forma equivalente el rígido concepto del derecho moderno, también parecerá menos improbable que algún día pueda convertirse en algo rutinario el empleo de los monopolistas estatales de la violencia para la ejecución de decisiones”, véase: HABERMAS, J. *En la espiral de la tecnocracia*, *op.cit.*, p. 64.

⁴³² HABERMAS, J. *Principia Iuris. Vol. II*, *op.cit.*, p. 475.

⁴³³ GARCÍA SÁEZ, J.A. *El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en Principia Iuris*, *op.cit.*, pp. 88-89. En un sentido similar.

mecanismo adecuado para limitar al despotismo. En este sentido, desde el punto de vista de los arreglos institucionales, ambos autores comparten que el paradigma del Estado Constitucional de Derecho es el adecuado para afrontar los nuevos desafíos que plantea la globalización. En este sentido, bien podría sostenerse que se considera a este paradigma como un mecanismo “exitoso”, por oposición a quienes consideran que el constitucionalismo no ha logrado sus objetivos históricos.

Sin embargo, al igual que en el caso de Kant, ambos se alejan del modelo de “Estado mundial”, planteando variaciones que en el caso de Ferrajoli coinciden con un federalismo cosmopolita y, en el caso de Habermas, con una gobernanza multinivel. Ambos autores, en este sentido, descartan la *domestic analogy* como estrategia adecuada para la constitucionalización de la esfera internacional. Se argumenta, en este sentido, que el constitucionalismo necesita evolucionar y adaptarse a la esfera internacional, sin que ello signifique renunciar a sus principios fundamentales. Por oposición a aquellos que se refieren a que el constitucionalismo se desdibuja o difumina en el ámbito internacional⁴³⁴, el constitucionalismo es resignificado y se argumenta que su extensión al ámbito internacional supone una consecuencia lógica de su configuración como un “constitucionalismo de los derechos”.

Lo que resulta determinante, sin embargo, para que los arreglos institucionales que propongan ambos autores sean diferentes, es su concepto de legitimidad democrática. El modelo garantista de Ferrajoli y su separación entre funciones de gobierno y funciones de garantía, hace que el centro de su propuesta esté concentrado en dotar a la comunidad de instituciones de garantía (organismos y tribunales); mientras que en el caso de Habermas, se concentra en los déficit democráticos de los actuales sistemas de adopción de decisiones. Por ello, su propuesta se centra en la democratización de la esfera internacional.

5. Conclusiones generales del capítulo

Tras el análisis de dos referentes intelectuales relevantes del debate sobre el constitucionalismo cosmopolita, es posible establecer que este proyecto teórico en Ferrajoli y en Habermas prosigue la tradición kantiana que distingue entre la necesidad conceptual y

⁴³⁴ Estas posiciones se verán con detalle en el capítulo III.

pragmática del proyecto cosmopolita y comparte algunas de sus bases filosóficas (en lo referido al progreso moral de la humanidad y el rol del Derecho). El constitucionalismo, asimismo, es evaluado positivamente y se establece como un paradigma idóneo (aunque con matices cuando es trasladado al ámbito global) para abordar las problemáticas descritas como un “vacío de derecho público” en el caso de Ferrajoli, o un “déficit estructural democrático” en el caso de Habermas. Pero además de ser útil, el constitucionalismo -por su misma lógica- se plantea por los autores como *necesariamente* cosmopolita.

En esta visión sobre la plausibilidad del proyecto cosmopolita los autores comparten una crítica al realismo que subraya el carácter utópico del proyecto. Frente al realismo, ambos ponen de relieve el carácter performativo que tiene la filosofía y el derecho. La reconstrucción argumentativa que hemos realizado permite sostener que el debate contemporáneo sobre el constitucionalismo cosmopolita aborda aspectos como: bases filosóficas, fundamentos pragmáticos, arreglos institucionales y estrategias para llevarlo a cabo. En este sentido, podemos calificar la propuesta de compleja y completa en atención al objeto complejo que pretende justificar y describir. Sin embargo, tal como hicimos presente en el análisis de los autores y en los parámetros de comparación, hay cuestiones que deben ser profundizadas y que no tienen respuestas unívocas. Por ejemplo, el modelo de legitimidad depende de la teoría de la democracia que se adopte o, lo que es más problemático, no se han profundizado las dimensiones de la teoría del derecho que subyace a este tipo de propuestas.

En este sentido, el constructo propuesto deja algunas interrogantes de carácter teórico y práctico que son las que han utilizado sus críticos para sostener la imposibilidad o incluso peligrosidad del proyecto cosmopolita. Este será el objeto del análisis del capítulo siguiente.

CAPÍTULO III: PERSPECTIVAS CRÍTICAS Y POSIBILIDADES DEL CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA

1. Introducción

Luego de la construcción del concepto de constitucionalismo cosmopolita y el desarrollo de una reconstrucción argumentativa de sus principales referentes contemporáneos, para arribar a la respuesta de las preguntas acerca de si este proyecto teórico es necesario y posible, debemos revisar las críticas que se han realizado en torno a su conceptualización teórica, necesidad y posibilidad, determinando la pertinencia de tales críticas a la luz del examen que se ha realizado en los capítulos anteriores.

El análisis de las críticas, sin embargo, tiene una complejidad adicional a la propia de poner en debate posiciones teóricas contrapuestas o parcialmente disidentes, puesto que al ser el constitucionalismo cosmopolita un concepto que mezcla o aúna dimensiones cosmopolitas y constitucionalistas, las críticas que se refieren a él abarcan una gama muy amplia de perspectivas que van desde debates vinculados al propio concepto de constitucionalismo y cosmopolitismo, hasta cuestiones vinculadas al rol del derecho en el ámbito internacional. No es de extrañar que muchas de estas perspectivas críticas se relacionen -en general- con perspectivas críticas al discurso de los derechos. Si el constitucionalismo se caracteriza por ser actualmente el constitucionalismo de los derechos y éstos se han afirmado como derechos cosmopolitas, muchas de las críticas que se realizan al discurso del constitucionalismo cosmopolita son también críticas al discurso de los derechos. En este sentido, como veremos a continuación, muchas de las objeciones que, por ejemplo, Mazzarese identifica como “tendencias” en contra del discurso de los derechos⁴³⁵, son también parte de las críticas al constitucionalismo cosmopolita.

Por ello, el examen de las críticas realizadas procura -sin alejarse excesivamente del marco conceptual de este estudio- enmarcar los respectivos debates para desenmarañar los desacuerdos más profundos que subyacen en las distintas propuestas. Dilucidar los desacuerdos, permite poner de relieve cuáles son los debates que se deben resolver para

⁴³⁵ Como la crítica al imperialismo moral, el fundamentalismo humanitario y la ineffectividad del sistema. Véase: MAZZARESE, T. ¿Repensar la cultura de los derechos? *Revista Internacional de Filosofía Política*, n°28 (2006): 149-172.

responder a las preguntas acerca de la necesidad, y posibilidad de un constitucionalismo cosmopolita y sentar las bases para aproximar respuestas plausibles a estas preguntas.

2. Perspectivas críticas

Las críticas que se presentan a continuación se realizan desde diversas perspectivas. Una crítica la podemos encontrar en la escuela realista del derecho internacional y las relaciones internacionales. Por otra parte, también encontramos críticas que -desde el mismo constitucionalismo- ponen de relieve la impertinencia de utilizar el lenguaje constitucional para explicar la realidad internacional o su imposibilidad por las condiciones del mundo global. Desde la filosofía del derecho se destacan, o bien las insuficiencias de las perspectivas aportadas por Ferrajoli y Habermas, o los déficit que tiene la filosofía del derecho, en general, para explicar el fenómeno jurídico más allá del Estado.

2.1 Crítica desde el realismo

La clásica disputa entre realistas⁴³⁶ y pacifistas jurídicos⁴³⁷, que enfrentó a Kelsen con autores con Schmitt o Morgenthau⁴³⁸, se actualiza respecto del constitucionalismo cosmopolita en autores que enfrentan posiciones como las de Habermas y Ferrajoli, en autores como Danilo Zolo o Eric Posner. Esta crítica tiene diferentes aristas y enfrenta al constitucionalismo cosmopolita desde diversos frentes. Por ello, en primer lugar me referiré a los aspectos generales de esta crítica y luego trataré específicamente dos “vertientes” de esta línea de pensamiento que también dialogan con el discurso sobre el constitucionalismo cosmopolita: la crítica a la analogía doméstica y al denominado “fundamentalismo humanitario” que representaría el cosmopolitismo.

⁴³⁶ Me refiero en este apartado al realismo político que ha inspirado el estudio de las relaciones internacionales. Otras acepciones del realismo se vinculan, por ejemplo, con la teoría jurídica. Aunque el constitucionalismo cosmopolita tiene elementos vinculados a la teoría jurídica, el diálogo que se produce con estas teorías se hace con el realismo político, que es aquel que se ha enfocado en las relaciones internacionales.

⁴³⁷ Se hace el énfasis en “jurídico” porque de acuerdo a la clasificación realizada por Bobbio, podemos destacar tres tipos de pacifismos: instrumental, finalista e institucional. La tendencia que siguen autores como Kelsen, Ferrajoli o Bobbio y que es aquella criticada por los realistas, es el pacifismo institucional en su vertiente jurídica, véase: BOBBIO, N. *El problema de la guerra y las vías de la paz*, op.cit., pp. 75-86.

⁴³⁸ Sobre el debate entre Kelsen y Morgenthau véase la monografía: GARCÍA, J.A. *Kelsen vs. Morgenthau. Paz, política y derecho internacional*, op.cit. Sobre el debate entre Kelsen con Schmitt en esta materia, véase: CAMPDERRICH, R. “Soberanía y orden internacional en la filosofía política y jurídica de Hans Kelsen y Carl Schmitt: aportaciones a un debate reciente”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 23 (2006): 205-217.

2.1.1 Aspectos generales

El elemento central de la disputa entre pacifistas jurídicos y realistas se centra en el rol del Derecho y la política en el plano internacional. Mientras que para los pacifistas jurídicos conciben al Derecho como un elemento esencial para la pacificación de las relaciones internacionales reclamando una normatividad fuerte basada en la institucionalización y juridificación de las relaciones internacionales⁴³⁹, los realistas destacan que es la política lo que en todo caso debe prevalecer sobre la racionalidad jurídica para abordar los problemas sociales, incluidos aquellos derivados de las relaciones internacionales⁴⁴⁰.

En general, el realismo sostiene que la domesticación del poder a través del Derecho solo es posible en el contexto del Estado-nación, pues es solo allí donde es posible la aplicación de la coerción para el cumplimiento de las normas⁴⁴¹. En el ámbito internacional no existe un sustrato social común capaz de sustentar la mayoría de los mandatos ordenados por las normas del Derecho⁴⁴². Por otra parte, para los realistas los Estados son los principales actores de la escena internacional, puesto que no existe ni puede existir una estructura de poder encima de ellos. Siendo esto así, “las relaciones internacionales presentan una naturaleza inevitablemente conflictiva, marcada por la permanente competición por satisfacer los propios intereses”⁴⁴³. En general, los realistas no formulan teorías en abstracto sino que la convicción nace solo de la fuerza de los hechos, dando explicaciones a la luz de la realidad política confrontada con las enseñanzas de la historia⁴⁴⁴.

Los realistas contemporáneos, retomando la tradición de autores como Schmitt y Morgenthau y, siguiendo una línea de pensamiento que es crítica frente al racionalismo y liberalismo que suponen las posiciones cosmopolitas, comparten una perspectiva crítica frente las posibilidades del cosmopolitismo y, en general, respecto a la idea de la posibilidad de expansión de principio de legalidad más allá de las fronteras del Estado. Como

⁴³⁹ GARCÍA, J.A. *Kelsen vs. Morgenthau. Paz, política y derecho internacional*, op.cit., pp.203 y 206.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 283. Como también ocurre con los pacifistas jurídicos, en el realismo también existen matices y diferentes interpretaciones. A efectos explicativos del contexto en que se insertan las críticas que se realizan al constitucionalismo cosmopolita, se expondrán sus rasgos comunes o generales.

⁴⁴¹ HABERMAS, J. *El occidente escindido*, op.cit., p.114.

⁴⁴² GARCÍA, J.A. *Kelsen vs. Morgenthau. Paz, política y derecho internacional*, op.cit., p.287.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 381.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 382.

señalábamos, dentro de estos exponentes contemporáneos encontramos posiciones como las de Zolo⁴⁴⁵ y Posner⁴⁴⁶. Zolo centra su crítica en las posibilidades del Derecho en relación a la guerra y Posner en la “ingenuidad” de los que él denomina “legalistas globales”⁴⁴⁷.

El realismo de Danilo Zolo se enfrenta directamente con los que él denomina “globalistas jurídicos”⁴⁴⁸. Para demostrar que el ideal pacifista cosmopolita que se remonta a Kant y Kelsen (y que Zolo identifica actualmente con Bobbio o Habermas) no solo ha resultado inadecuado, sino que tampoco es deseable, realiza un análisis detallado del modelo de la Santa Alianza y de las Naciones Unidas⁴⁴⁹, poniendo de relieve su incapacidad de combatir la guerra y cómo este modelo se ha transformado en un elemento de legitimación de la intervención armada de fuerzas hegemónicas occidentales. De esta manera, la crítica está basada no solo en destacar la imposibilidad del constitucionalismo cosmopolita, sino por sobre todo su indeseabilidad atendido al potencial que presentan estas posiciones de concentrar el poder y, en definitiva, de crear un Leviatán despótico y totalitario. Las bases epistemológicas y teóricas con que se desarrolla esta aproximación son expresamente señaladas por Zolo, quien indica que su filosofía se basa en una particular etología de la naturaleza humana y, vinculado a lo anterior, en una concepción relativista, pluralista y policéntrica (no objetivista, no monista y no jerárquica) de los fenómenos jurídicos⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ Las principales obras de Zolo en esta materia son: ZOLO, D. “Una crítica realista al globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas”, *op.cit.*; ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*. Traducción de Rafael Grasa y Francesc Serra. Barcelona: Paidós, 2000; ZOLO, D. *Los señores de la paz: una crítica al globalismo jurídico*. Traducción de Roger Campione. Madrid: Dykinson, 2005 y; ZOLO, D. *La justicia de los vencedores. De Nüremberg a Bagdad*. Traducción de Elena Bossi. Madrid: Trotta, 2007.

⁴⁴⁶ Las principales obras de Posner en esta materia son: POSNER, E. *The perils of global legalism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011 y POSNER, E. *The twilight of human rights law*. New York: Oxford University Press, 2014.

⁴⁴⁷ Aunque cabe destacar que si bien ambos autores enmarcan su crítica desde la tradición realista, tienen perspectivas diferentes, por ejemplo, en relación a la legitimidad de actuación de los Estados en el plano internacional. Como indica García Pascual, “Si Posner defiende por encima de todo la política del gobierno norteamericano, Zolo se muestra crítico con los afanes imperiales de la gran potencia” (GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, *op.cit.*, p. 216). Las diferencias se basan en la valoración que se asigna a la heterogeneidad y el pluralismo. Mientras para Posner la heterogeneidad es factor de división y fragmentación del poder, para Zolo en la garantía de la pluralidad se encuentra la mayor riqueza de las sociedades. Estas diferencias hacen que por ejemplo Posner sea calificado de “neoconservador”, que sería una versión diferente del realismo clásico, véase: HABERMAS, J. *El occidente escindido*, *op.cit.*, p.34.

⁴⁴⁸ Con esto se refiere a “la línea de pensamiento filosófico y teórico-jurídico que se puede remontar a *Zum ewigen Frieden* de Kant, en particular a la idea kantiana del *Weltbürgerrecht* o ‘derecho cosmopolita’”, véase: ZOLO, D. *Los señores de la paz: una crítica al globalismo jurídico*, *op.cit.*, p. 15.

⁴⁴⁹ ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, *op.cit.*, pp. 30-45.

⁴⁵⁰ ZOLO, D. *Los señores de la paz: una crítica al globalismo jurídico*, *op.cit.*, p. 44.

La posición realista de Danilo Zolo lo lleva a descartar cualquier tipo de reforma al sistema de Naciones Unidas, pues al analizar la experiencia histórica concluye que “toda estructura de las instituciones internacionales dedicadas al mantenimiento de la paz se presta a ser utilizada a un fin totalmente opuesto: la preparación diplomática, la legalización formal y la legitimación de la guerra”⁴⁵¹. El problema del pacifismo es que ignora las cuestiones básicas de afectan a las condiciones biológicas, psicológicas y sociológicas de la violencia y la guerra, pecando de excesiva racionalidad en su pretensión de oponer victoriosamente la racionalidad del derecho a la irracionalidad de la guerra⁴⁵². De esta manera, Zolo es tajante en señalar que si el pacifismo no se ocupa de las causas últimas de la violencia, no puede tener ninguna eficacia. Siguiendo a Weber, sostiene que en último término, en la raíz de la guerra está una incompatibilidad de mundos simbólicos, ideas morales y sistemas de valores diferentes⁴⁵³.

Por ello, una teoría realista -en contraposición al pacifismo jurídico- no puede aspirar a eliminar la guerra, pero sí a definir medidas correctoras y posibles equivalentes funcionales de la guerra que logren que la agresividad y el conflicto no resulten destructivos⁴⁵⁴. Conforme a estos razonamientos, el rol de las instituciones internacionales sólo puede estar limitado a una diplomacia preventiva no coercitiva en los asuntos relacionados con las disputas intraestatales e interestatales que puedan acabar convirtiéndose en conflicto armado⁴⁵⁵. Tales instituciones deben actuar de manera descentralizada y ser independientes.

Por su parte, la posición de Posner se basa en calificar de “ingenua” cualquier propuesta referente a trasladar el principio de legalidad más allá del Estado (sean propuestas cosmopolitas o incluso aquellas de pretensiones más reducidas). El autor se centra en destacar la “fe ciega” que existe respecto al poder del Derecho y de las instituciones jurídicas para

⁴⁵¹ ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, op.cit., p. 78.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 224.

⁴⁵³ En esto el autor parece seguir las tesis de Samuel Huntington sobre el “choque de civilizaciones”. Zolo señala que este autor ofrece “argumentos no desdeñables”, poniendo como ejemplo los fenómenos de intolerancia y racismo que afectan a las sociedades multiculturales, véase: ZOLO, D. *Los señores de la paz: una crítica al globalismo jurídico*, op.cit., pp. 61-62.

⁴⁵⁴ ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, op.cit., p. 204.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 211. En este punto Zolo señala que se inspira en la propuesta de otro autor realista, Hedley Bull, quien se refiere a la necesidad de la existencia de un “orden político mínimo” presidido por poderes limitados y poco intervencionistas, véase: BULL, H. *La sociedad anárquica. Un estudio sobre el orden en la política mundial*. Traducción de Irene Martín. 3ª ed. Madrid: Los libros de la Catarata, 2005 [1977].

resolver conflictos que son políticos⁴⁵⁶. Para sostener su argumentación, Posner muestra ejemplos de la realidad que evidenciarían la irrelevancia del derecho internacional en relación a su poca capacidad de constreñir conductas⁴⁵⁷. A partir de este análisis, concluye que el criterio para el cumplimiento de las normas internacionales siempre será el interés nacional⁴⁵⁸ y, por tanto, para Posner estas normas son guías de cooperación que surgen cuando los Estados actúan dirigidos por sus propios intereses. Los Estados las cumplirían solo cuando los costes de violar el derecho internacional sean mayores que los beneficios⁴⁵⁹. Ello no implicaría negar la existencia de normas de derecho internacional, sino reconocer que este es relevante sólo cuando sirve a los intereses de los Estados nacionales⁴⁶⁰. Por ejemplo, en relación a la existencia de los tribunales internacionales, el autor pone de relieve que su única función es resolver disputas cuando los Estados están interesados en resolverlas⁴⁶¹.

De este modo, el autor propone que una manera de comprender cómo opera la legislación internacional y la conducta de los Estados, es observar la realidad e identificar las condiciones que se dan para que un Estado cumpla con la normativa internacional, sobre todo en aquellas ocasiones en que existen tensiones en los intereses en juego. Una aproximación como la propuesta, permitiría según el autor, formas más efectivas de cooperación internacional.

Ambas perspectivas del realismo, se esfuerzan también por desvelar que las tendencias favorables hacia el constitucionalismo cosmopolita que se identifican por los autores que lo defienden, pueden ser fácilmente contrastadas o neutralizadas por experiencias en el sentido contrario. Ejemplo de ello sería la progresiva destrucción de la prohibición del uso de la fuerza tal como está configurada en el marco de la Carta de Naciones Unidas o la profundización de las prácticas unilateralistas. También como ejemplos en sentido contrario

⁴⁵⁶ Es relevante destacar que la posición de Posner se basa en una perspectiva que cuestiona el valor del imperio de la ley también en el Estado constitucional. En este sentido, su crítica es parte de una visión más amplia en relación al valor de la legalidad imperante en nuestros sistemas. Véase: POSNER, E. *The perils of global legalism*, op.cit., pp. 19-21. Una interpretación de Posner en este aspecto, en: GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, op.cit., p. 203.

⁴⁵⁷ POSNER, E. *The perils of global legalism*, op.cit., pp. 28-39.

⁴⁵⁸ En esto es visible la influencia del pensamiento de Morgenthau, para quien el interés nacional es uno de los principales principios del realismo político, véase: GARCÍA, J.A. *Kelsen vs. Morgenthau. Paz, política y derecho internacional*, op.cit., p. 386.

⁴⁵⁹ GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, op.cit., p. 206.

⁴⁶⁰ POSNER, E. *The perils of global legalism*, op.cit., p. xv.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 128.

se mencionan las las “fuerzas imponentes” que contrastan la globalización de los derechos a favor de una globalización de las leyes económicas que gobiernan los mercados globales⁴⁶². En este sentido, al ser la base factual tan contradictoria, se sostiene que el concepto de constitucionalismo cosmopolita no tiene ningún valor explicativo⁴⁶³.

En definitiva, lo que desvela la crítica realista son desacuerdos profundos entre la perspectiva realista y el constitucionalismo cosmopolita en relación al rol del Derecho y la filosofía de la historia. En relación al rol del Derecho, el realismo sostiene que se exagera la capacidad regulativa del mismo, ignorando las dificultades que éste se encuentra en el camino y las distorsiones que sufre cuando pretende hacerse cargo de entornos complejos⁴⁶⁴. El problema de una concepción excesivamente racionalista del Derecho -como sería la de los cosmopolitas- es que se atribuye una función regulativa de los fenómenos sociales que la experiencia histórica se ha encargado de desmentir continuamente⁴⁶⁵.

En relación a la filosofía de la historia, Zolo es claro al indicar que “la agresividad y la reconciliación (así como el conflicto y la pacificación) son constantes evolutivas de la especie humana que hacen imposible el proyecto cosmopolita de una paz estable y universal”⁴⁶⁶. En este sentido, las perspectivas sobre la filosofía de la historia estarían fuertemente influidas por concepciones antropológicas. En el caso del realismo, habría un fuerte pesimismo antropológico⁴⁶⁷.

2.1.2 Analogía doméstica

La crítica a la analogía doméstica ha sido parte de la crítica realista, aunque no es exclusiva de esta tradición⁴⁶⁸. Esta consiste en resaltar que el paradigma explicativo de la

⁴⁶² ZOLO, D. *Los señores de la paz: una crítica al globalismo jurídico*, op.cit., p. 63.

⁴⁶³ DIGGELMAN, O. Y ALTWICKER, T. “Is there something like a constitution of international law?” op.cit., p. 631.

⁴⁶⁴ ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, op.cit., p. 225.

⁴⁶⁵ ZOLO, D. “Una crítica realista al globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas”, op.cit., p. 200.

⁴⁶⁶ ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, op.cit., p. 178.

⁴⁶⁷ GARCÍA, J.A. *Kelsen vs. Morgenthau. Paz, política y derecho internacional*, op.cit., p. 381. Para García Sáez, el pesimismo también estaría presente en la tradición del pacifismo jurídico, pero sería un pesimismo “moderado” en el sentido de que “no puede dejar de haber una cierta desconfianza intrínseca hacia la bondad de las personas, desconfianza que se encuentra en la base misma del derecho como instrumento de control social y en la construcción de instituciones”. En contraposición, el realismo tendría una consideración trágica del ser humano en general y de la actividad política en particular, véase: *Ibidem*, p. 279.

⁴⁶⁸ Recordemos que, por ejemplo, Habermas es uno de los mayores críticos contemporáneos a la analogía doméstica en los términos en que la planteó Kant.

“salida” del estado de naturaleza que es aplicable a los individuos en relación a la creación del Estado, es insuficiente o no es apto para ser aplicado al plano internacional. Según el entendimiento tradicional de la analogía doméstica, los Estados -al igual que los individuos- deberían suscribir pactos para salir del Estado de naturaleza, cediendo parte de su soberanía a un organismo supraestatal y así alcanzar la paz⁴⁶⁹. Se ha interpretado que este tipo de razonamiento en la tradición del cosmopolitismo lo encontramos, por ejemplo, en Kant, que indicaba:

“[L]os Estados en sus relaciones recíprocas entre sí no tienen otro medio, según la razón, para salir de la situación sin leyes, que conduce a la guerra, que el consentir en leyes públicas coactivas, *de la misma manera* que los individuos entregan su libertad salvaje (sin leyes) y formar un Estado de pueblos (*civitas gentium*)”⁴⁷⁰.

Conforme a esta crítica, no sería posible sostener que existe una “analogía” entre la situación de los individuos y la de los Estados en el plano internacional, por diversos motivos. En primer lugar, no es posible sostener que existe un estado de naturaleza en el plano de las relaciones internacionales. Aún en ausencia de la existencia de una jurisdicción centralizada, se sostiene que los Estados muestran una tendencia a adaptarse y cooperar con otros agentes en búsqueda de ventajas mutuas (habría una situación de “anarquía cooperativa”⁴⁷¹ o una “sociedad anárquica” en los términos planteados por Bull⁴⁷²).

En segundo lugar, en relación a la producción y obediencia a las normas, Zolo sostiene que es posible constatar que en situaciones de elevada complejidad, las dinámicas sistémicas tienden a originar una matriz normativa policéntrica que surge de procesos de interacción estratégica y negociación multilateral⁴⁷³. Por ello no resultaría válida la asunción de que sería

⁴⁶⁹ La definición clásica de analogía doméstica es atribuida a Hedley Bull, quien indica: “según esta analogía los estados, al igual que los individuos, sólo pueden tener una vida social ordenada si, según la frase de Hobbes, se sienten intimidados por un poder común”, véase: BULL, H. *La sociedad anárquica. Un estudio sobre el orden en la política mundial*, op.cit., p. 97. Un estudio clásico sobre de las diferentes propuestas sobre analogía doméstica, en: SUGANAMI, H. *The domestic analogy and world order proposals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

⁴⁷⁰ KANT, I. *La paz perpetua*, op.cit., p. 25. El destacado es propio. En el mismo sentido, siguiendo la tradición kantiana, la analogía doméstica en los términos anteriormente explicados es sostenida también por Bobbio. Véase: BOBBIO, N. *El problema de la guerra y las vías de la paz*, op.cit., pp. 80-81.

⁴⁷¹ ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, op.cit., p. 150.

⁴⁷² BULL, H. *La sociedad anárquica. Un estudio sobre el orden en la política mundial*, op.cit., p. 97.

⁴⁷³ ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, op.cit., p. 151.

necesario un poder legislativo con capacidad de producción de normas para generar una legislación que sea obedecida en el plano internacional.

En tercer lugar, Bull destaca que la analogía planteada por Hobbes tenía como uno de sus presupuestos la igual vulnerabilidad de los hombres (situación que haría que la situación de anarquía fuera intolerable puesto que cualquiera tendría la capacidad para exterminar a otro). Sin embargo, en el caso de la sociedad internacional moderna, siempre han existido grandes y pequeñas potencias, situación que llevaría -como también argumenta Zolo- a la negociación⁴⁷⁴. De esta manera, para Bull “la analogía doméstica no es más que una analogía y el hecho que los estados formen una sociedad sin gobierno muestra que su situación tiene características que son únicas”⁴⁷⁵.

Las tesis enunciadas por autores como Zolo o Bull terminan por apostar por un orden supranacional mínimo, donde “la negociación multilateral es una fuente descentralizada de producción y aplicación del derecho internacional que actúa eficazmente pese a la ausencia o, mejor dicho, gracias a la ausencia de funciones de gobierno centralizadas”⁴⁷⁶.

Desde otra perspectiva, por ejemplo, Garzón Valdés en relación a las posibilidades de trasladar la noción de “coto vedado” al ámbito internacional señala su escepticismo considerando tres aspectos: “a) la diferencia entre la persona individual y Estado soberano; b) la diferencia entre el uso de la coacción estatal a nivel nacional e internacional, y c) la diferencia entre orden jurídico nacional y orden jurídico internacional”⁴⁷⁷. En este sentido, a diferencias de perspectivas como las de Zolo y Bull, la crítica de Garzón Valdés, si bien apunta a las diferencias que existen entre las condiciones del Estado y la sociedad internacional, su crítica no está centrada en la existencia de un “orden” en la esfera internacional que haría innecesaria o no deseable la analogía doméstica, sino más bien a su imposibilidad en atención a las diferencias existentes entre el derecho internacional y el

⁴⁷⁴ BULL, H. *La sociedad anárquica. Un estudio sobre el orden en la política mundial*, op.cit., p.101.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 102.

⁴⁷⁶ ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, op.cit., p. 153.

⁴⁷⁷ GARZÓN, E. “Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del ‘coto vedado’ a nivel internacional”. *Derechos y Libertades*, nº 12 (2003): 63.

derecho interno. Una crítica como esta apunta a la necesidad de establecer tan solo asociaciones voluntarias entre Estados soberanos⁴⁷⁸.

2.1.3 Carácter “fundamentalista” del cosmopolitismo

El proyecto de un constitucionalismo cosmopolita también afronta críticas vinculadas al supuesto universalismo moral liberal que se quiere “imponer” con este modelo⁴⁷⁹. El modelo cosmopolita tal como está planteado tendría dos problemas: la moralización de la ley, con la consecuente generación de un “fundamentalismo humanitario”⁴⁸⁰.

La crítica a la moralización de la ley que supone un ordenamiento supraestatal, es una crítica también podemos remontar Schmitt y su análisis del mundo de la postguerra⁴⁸¹. Recordemos que el autor alemán en el contexto de la postguerra critica fuertemente la concepción según la cual un tercero “imparcial” pueda determinar la justicia (o no) de una intervención bélica. Conforme a esta concepción, la instancia que puede tomar dicha decisión solo puede ser el soberano⁴⁸², ya que si se evalúan intervenciones bélicas en base a conceptos “universales” como la paz o la justicia, significa que ese Estado se identifica a sí mismo con ese concepto universal, negándose al adversario y criminalizando al agresor⁴⁸³. Esto es lo que Schmitt denominó el “concepto discriminador de la guerra” y que impide la realización de la esencia de lo político, que es el ejercicio de la soberanía mediante la identificación de lo enemigo, derivando de ello la acción política⁴⁸⁴. Recordemos que para Schmitt cualquier apelación a principios de justicia universal es hipócrita y solo escondería proteger intereses propios, conocida es su frase “quien dice humanidad pretende engañar”⁴⁸⁵.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 69.

⁴⁷⁹ HABERMAS, J. *El occidente escindido*, *op.cit.*, p.114.

⁴⁸⁰ ZOLO, D. *Los señores de la paz: una crítica al globalismo jurídico*, *op.cit.*, p.11.

⁴⁸¹ SCHMITT, C. *El nomos de la tierra. El Derecho de Gentes del “Ius publicum europaeum”*. Traducción por Dora Schilling. Buenos Aires: Struhart & Cía., 2005, pp. 275-356.

⁴⁸² En la concepción de Schmitt la soberanía no admite límites. Es precisamente esa ausencia de límites la que permite generar equilibrios de fuerzas capaces de promover el respeto mutuo, véase: GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, *op.cit.*, pp. 126-127.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 130. Como señala Habermas en relación a Schmitt, detrás de esta argumentación está la idea de la incommensurabilidad: “no puede haber justicia porque cualquier concepción de justicia no deja de ser esencialmente controvertida”, véase: HABERMAS, J.. *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*, *op.cit.*, p.24.

⁴⁸⁴ Sobre el concepto de lo político en Schmitt, véase: SCHMITT, C. *El concepto de lo político*. Versión de Rafael Agapíro. Madrid: Alianza Editorial, 1999 [1932].

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p.84.

Una perspectiva similar la podemos encontrar en la actualidad bajo lo que se denomina la crítica a la “imposición universalista” que supondría el constitucionalismo cosmopolita basado en derechos humanos. Zolo⁴⁸⁶ indica que el carácter universal de los derechos humanos es “un postulado racionalista no sólo sin confirmar en la esfera teórica, sino también históricamente contestado por las culturas no occidentales”⁴⁸⁷. Este proyecto uniformador tendría como consecuencia la “occidentalización” del mundo y la privación de la identidad y la dignidad de los pueblos⁴⁸⁸. En este sentido, el proyecto cosmopolita sería profundamente eurocentrista y con un marcado prejuicio etnocéntrico que se muestra indiferente frente a tradiciones culturales, políticas y jurídicas distintas de la occidental⁴⁸⁹ y su peligrosidad radicaría en que simplifica las estructuras sociales, reduce las diferencias éticas, normativas y culturales⁴⁹⁰. Una de las explicaciones a la emergencia del terrorismo internacional sería justamente la pretensión universalizadora de occidente y su cosmopolitismo, “el *global terrorism* que hoy ensangrienta al planeta no es sino una réplica vengativa al desafío del cosmopolitismo occidental que niega la diversidad y la complejidad del mundo”⁴⁹¹.

Pero la crítica a la moralización de la ley que supondría el cosmopolitismo no solo la encontramos en la tradición realista, sino también en perspectivas como las decoloniales. Conforme a estas perspectivas, presentes, por ejemplo, en autores como Bartolomé Clavero⁴⁹², se pone a la vista que los derechos humanos no solo representarían una moralización de la ley en clave occidental, sino que también su gestación y desarrollo se han dado bajo la “apariencia” de universalidad, cuando en realidad han sido una forma más de colonialismo de Occidente⁴⁹³. Sin embargo, a diferencia de los otros autores analizados, esta

⁴⁸⁶ La continuidad de esta crítica en Zolo no solo se evidencia en el discurso en torno a la moralización de la ley, sino también (y estrictamente vinculado con lo anterior), al discurso que se retoma desde Schmitt acerca del carácter de “justicia de los vencedores” que tiene el derecho penal internacional y que desde el ensayo de Schmitt (SCHMITT, C. *El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’*. Traducción de Max Maureira Pacheco y Klaus Wrehde. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006), se ha convertido en una crítica consolidada en relación a la justicia penal internacional. Véase en Zolo: ZOLO, D. *La justicia de los vencedores. De Núremberg a Bagdad*, op.cit., 2007.

⁴⁸⁷ ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, op.cit., p. 166.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 167.

⁴⁸⁹ ZOLO, D. “Una crítica realista al globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas”, op.cit., p. 201.

⁴⁹⁰ ZOLO, D. *Los señores de la paz: una crítica al globalismo jurídico*, op.cit., p. 12.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁹² CLAVERO, B. *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Trotta, 2014.

⁴⁹³ Para argumentar acerca del carácter colonial del sistema internacional de derechos humanos, el autor pone de relieve que no existen como actores en la formación de los instrumentos internacionales (y tampoco gozan de reconocimiento), los pueblos indígenas (como actores diferentes de los estados, los individuos y las

perspectiva no niega la posibilidad de un constitucionalismo global, pero sí pone como una de sus condiciones eliminar los componentes coloniales que siguen presentes en el discurso del DIDH, “los derechos humanos no pueden sustentar un sistema constitucional integrándose hacia la escala global en las condiciones de persistencia solapada de colonialismo”⁴⁹⁴. El colonialismo presente en la Carta de Naciones Unidas, no puede fundar un constitucionalismo global, aun con rectificaciones posteriores (como es el desarrollo de derechos de los pueblos indígenas, por ejemplo), pero podría existir un nuevo pacto exento de dichos vicios⁴⁹⁵.

Como uno de los corolarios críticos de la moralización de la ley que supondría el modelo cosmopolita basado en derechos humanos, estaría la justificación de la “intervención humanitaria” de las grandes potencias en los problemas políticos, económicos y sociales de los demás Estados en nombre de los derechos humanos y sin el consentimiento de sus gobiernos y de las personas que viven en aquellos países⁴⁹⁶. Esta es la crítica que por ejemplo, Zolo⁴⁹⁷ y Bricmont⁴⁹⁸ realizan a la forma en que las potencias occidentales, avaladas por Naciones Unidas, han actuado en la Guerra del Golfo, Ruanda o en la ex Yugoslavia. La selectividad con que se “escogen” determinados conflictos humanitarios mostraría que la utilización de la fuerza en nombre de los derechos humanos sería una manifestación del uso moralizante del discurso para favorecer intereses específicos⁴⁹⁹.

De acuerdo a la perspectiva de Zolo, una solución a este problema tampoco se encuentra en los esfuerzos académicos en “democratizar” Naciones Unidas, pues la

organizaciones internacionales). Las Naciones Unidas nacen presididas por Estados vencedores de una guerra mundial con intereses coloniales. Recién en el año 2007, con la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas comenzaría el proceso de decolonización, véase: *Ibidem*, p.199.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 194.

⁴⁹⁵ “Sin constituyencia indígena en particular no habrá constitucionalismo integrado ni regional ni global. Tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el constitucionalismo de Estado arrastran un lastre colonial, que aún pesa, por cuanto que se plantearan sin la concurrencia de los pueblos indígenas”. Véase: *Ibidem*, p. 201.

⁴⁹⁶ ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, op.cit., p. 23.

⁴⁹⁷ Véase, especialmente: ZOLO, D. *La justicia de los vencedores. De Nüremberg a Bagdad*, op.cit.

⁴⁹⁸ Bricmont se refiere expresamente a la existencia de un “imperialismo humanitario”. Véase: BRICMONT, J. *Imperialismo humanitario. El uso de los derechos humanos para vender la guerra*. Traducción de A. J. Ponziano Bertoucin. Barcelona: El viejo topo, 2005.

⁴⁹⁹ DIGGELMAN, O. Y ALTWICKER, T. “Is there something like a constitution of international law?”, op.cit., p. 629.

experiencia histórica⁵⁰⁰ mostraría que esta reforma solo podría ir en un sentido de concentración del poder y requeriría una reordenación de fuerzas a nivel global que no se ve posible⁵⁰¹. Los ejemplos históricos mostrarían que el modelo cosmopolita, en cualquiera de sus variaciones, necesariamente conduce a un Leviatán despótico y totalitario condenado al empleo de la fuerza militar para la contención de la violencia⁵⁰².

Bricmont, por su parte, rechaza el intervencionismo al mismo tiempo que acepta como deseables los objetivos que procura alcanzar. En general, sostiene que el problema se encuentra en que las intervenciones humanitarias en nombre de los derechos humanos causan mucho más daño que beneficios y propone una “tercera alternativa” (posicionada entre los relativistas culturales y los imperialistas humanitarios). Esta alternativa, sin embargo, no es muy diferente de la propuesta por los realistas: el enfoque en la cooperación. Indica Bricmont: “En consecuencia, contrariamente a lo que se pueda creer, no existe un conflicto entre el respeto estricto de la soberanía nacional y una defensa (no hipócrita de los derechos humanos). Sería suficiente con derivar a la cooperación los recursos que supuestamente estamos tan dispuestos a gastar en intervenciones humanitarias”⁵⁰³.

2.2 Crítica desde el constitucionalismo

El concepto de constitucionalismo cosmopolita y, en general, la idea de utilizar el lenguaje constitucional para describir o teorizar acerca de la realidad internacional también recibe críticas desde el propio paradigma constitucionalista. Las críticas consisten en resaltar la desnaturalización que sufre el lenguaje constitucional cuando es utilizado en el plano global y, por otra parte, en poner de relieve la existencia de una unión conceptual necesaria entre el concepto de Constitución y Estado, que haría imposible utilizar la terminología constitucional más allá de éste. En línea similar a las críticas a la denominada “analogía doméstica”, conforme a este discurso, también se sostiene que las condiciones de nivel

⁵⁰⁰ ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, op.cit., pp. 30-45.

⁵⁰¹ “Nadie puede soñar con una situación en que las máximas potencias del planeta puedan aceptar sentarse en la misma mesa que los países más pobres y débiles, dispuestas además a tomar parte en procesos decisionales democráticos, donde cada sujeto internacional cuenta con un voto igual que el de los demás si las decisiones tienen que ver con cuestiones cruciales para la suerte militar y económica”, véase: *Ibidem*, , p. 227.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 223.

⁵⁰³ BRICMONT, J. *Imperialismo humanitario. El uso de los derechos humanos para vender la guerra*, op.cit., p. 204.

internacional o transnacional difieren sustancialmente de aquellas que permitieron el surgimiento del Estado constitucional y, por tanto, hacen imposible el constitucionalismo más allá del Estado.

En relación a la desnaturalización que supone utilizar el lenguaje constitucional más allá del Estado se ha pronunciado Massimo La Torre. Para el autor, lo que ha ocurrido con la aparición de las doctrinas sobre el constitucionalismo global o cosmopolita es que el lenguaje constitucional se ha utilizado para describir cualquier realidad normativa en el plano internacional, “liberalizando” el concepto de Constitución: “De igual modo, si caracterizamos como constitución a cualquier cuerpo normativo que contenga normas jurídicas de una cierta materia, ‘derecho’ y ‘constitución’ se convierten en términos sinónimos”⁵⁰⁴.

Además, uno de los problemas de la utilización del lenguaje constitucional para describir cualquier realidad que pretenda regular el poder, es que la autoridad de las normas se afirma no porque hayan sido autorizadas por un pueblo, sino por la racionalidad autoevidente de sus afirmaciones. Para Loughlin, en este sentido, el constitucionalismo ha transmutado solo en “constitucionalización”, que lo que hace es privar al constitucionalismo de su carácter constitutivo democrático, transformándolo tan solo en una doctrina de reafirmación de normas como verdades racionales autoevidentes⁵⁰⁵.

Sobre la interdependencia que existiría entre constitucionalismo y el Estado, encontramos la posición de Grimm⁵⁰⁶. La postura de Grimm se basa en destacar los logros del constitucionalismo y las precondiciones que se han dado para alcanzarlos⁵⁰⁷. Tras el análisis de las precondiciones determina que éstas no se dan en el plano internacional y por tanto, el constitucionalismo está ligado no solo históricamente, sino que también

⁵⁰⁴ LA TORRE, M. “El Brexit y la miseria del constitucionalismo global”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 64 (2016): 9.

⁵⁰⁵ LOUGHLIN, M. “What is constitutionalisation”? En: DOBNER, P. y LOUGHLIN, M. (Eds.) *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, p.68.

⁵⁰⁶ GRIMM, D. “The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World”. En: DOBNER, P. y LOUGHLIN, M. (Eds.) *The Twilight of Constitutionalism?*, *op.cit.*, pp. 3-22.

⁵⁰⁷ Para Grimm el constitucionalismo es un logro porque permite descartar cualquier poder absoluto o arbitrario sobre las personas, el uso del poder es predecible y permite enfrentarlo sin miedo, proporcionando una base consensuada para la resolución de las disputas. Incluso, en condiciones ideales es un elemento que permite la integración social, véase: *Ibidem*, p. 10.

conceptualmente al Estado y no es posible reconstruir su lógica en el ámbito internacional. Dentro de estas precondiciones se encuentra el hecho de que exista un objeto capaz de ser regulado por la Constitución (el Estado cumple con estas características porque en la modernidad aparece como centralizador del poder)⁵⁰⁸ y la existencia de un límite entre lo interno y lo externo (en el sentido de que el Estado puede reivindicar la existencia de un poder concentrado solo en la medida que no reconoce otro poder superior. El poder público estaba sin un competidor externo dentro del territorio)⁵⁰⁹.

En contraste con estas características, nuestra realidad actual se caracteriza por la dispersión del poder y su ejercicio por entes públicos y privados (la división entre lo público y lo privado se erosiona) y el derecho a la autodeterminación soberana se ha vuelto borroso con el surgimiento de organismos supranacionales⁵¹⁰. Esto genera una disminución del impacto que genera la Constitución, pues pierde su capacidad para regular y legitimar a la autoridad pública, pero a diferencia de las teorías como las de Ferrajoli (que comparten este diagnóstico pero sostienen que estas deficiencias se pueden compensar constitucionalizando la esfera internacional), Grimm sostiene que el orden mundial se parece más a un orden medieval pre-estatal con muchos portadores de poderes dispersos y cuyas decisiones carecen de legitimidad democrática. En este sentido, al igual que el ordenamiento medieval, el nivel internacional no es susceptible del tipo de regulación coherente e integral que caracteriza a la Constitución⁵¹¹. En este sentido, cualquiera que invoque el término “constitucionalismo” en el plano global, utiliza una noción “delgada” de constitucionalismo, que no limita efectivamente al poder (pues este no es reconocible) y además deja fuera la dimensión democrática⁵¹². Conforme a esta crítica, debe abandonarse la ilusión de que los desafíos globales pueden cumplirse utilizando un modelo que fue inventado para un objeto diferente, pues esto obstruye la búsqueda de soluciones que estén orientadas a la nueva situación⁵¹³.

⁵⁰⁸ *Ídem*.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 12.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 14.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 18.

⁵¹² *Ibidem*, p. 21.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 22.

2.3 Crítica democrática

En la crítica que podemos denominar “democrática” (pues se refiere a las insuficiencias que desde la perspectiva democrática presenta el constitucionalismo cosmopolita) hay tres tipos de posturas. Una de ellas está vinculada al concepto de constitucionalismo propiamente tal (y que es una extensión del debate sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia, pero llevada al plano cosmopolita); otra se vincula a la imposibilidad de un constitucionalismo cosmopolita desde el punto de vista democrático (desde la perspectiva de las dificultades de delimitación del *demos* y las condiciones de la esfera internacional) y; finalmente, una crítica vinculada a la forma en que se configura la esfera pública global y el *demos* en el constitucionalismo cosmopolita.

Las críticas vinculadas a los déficits democráticos del constitucionalismo cosmopolita se han dirigido principalmente a la obra de Ferrajoli⁵¹⁴. Esta crítica se vincula a la falta de desarrollo de una “teoría política” en la obra del autor italiano que se refiera a la legitimidad del modelo cosmopolita. Así como sería relevante preguntarse acerca del “cómo” y el “qué” (ambos aspectos desarrollados por Ferrajoli) un aspecto que es omitido por el autor es la pregunta acerca del “quién”, es decir, la pregunta acerca de la autoridad legítima para tomar las decisiones acerca del cómo y el qué⁵¹⁵. Bayón, quien ha desarrollado más extensamente esta crítica respecto al autor italiano⁵¹⁶, indica que la pregunta acerca de la legitimidad no puede ser ciega ni en cuanto a los contenidos, ni en cuanto a los procedimientos y, respecto de estos últimos, la propuesta de Ferrajoli adolece de un “punto ciego”⁵¹⁷, pues no ofrece una

⁵¹⁴ Como indica García Pascual, “la ausencia de una teoría política normativa que sostenga el proyecto de constitucionalismo mundial, por el contrario [refiriéndose a Ferrajoli], no es algo que podamos reprochar a Habermas” GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, op.cit., p. 186 nota 79. Aunque, como veremos más adelante, hay aspectos que -desde la perspectiva democrática- si han sido reprochados a Habermas.

⁵¹⁵ FRASER, N. “Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº39 (2005): 69-75.

⁵¹⁶ Esta crítica también ha sido desarrollada por Alterio, véase: ALTERIO, M. “Una mirada política al ius-constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: problemas desde el punto de vista interno y externo”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 26 (2012): 1-22.

⁵¹⁷ “En la concepción del constitucionalismo de Ferrajoli hay a mi juicio un punto ciego porque tiende a dejar fuera de nuestra vista, en la sombra, las preguntas procedimentales esenciales de a quién y en qué términos se debe reconocer autoridad para trazar la esfera de lo indecible, para modificarla y para determinar y concretar el alcance exacto de su contenido”, véase: BAYÓN, J.C. “El constitucionalismo en la esfera pública global”, op.cit., p.67. Sobre la existencia de un “punto ciego” vinculado con la democracia en el constitucionalismo global se refiere también Petra Dobner, indica la autora: “La transferencia de pensamiento constitucional del estado al postnacional no se produce sin pérdidas. Un punto ciego es notable: a lo largo del debate, existe una

respuesta respecto a quién tiene la *auctoritas* para “hacer el derecho”⁵¹⁸. En el plano internacional, una consecuencia de este punto ciego sería que esta teoría no sería capaz de ofrecer una fuerza prescriptiva derivada de su articulación democrática. Como indica Turégano:

“[U]na teoría de la justicia global no puede ser independiente de una teoría de la autoridad y la democracia que establezca procedimientos para la adopción de decisiones colectivas. La autoridad de la normativa transnacional y su fuerza prescriptiva dependen de su articulación en un proceso que haga creíble su fundamento democrático y plural”⁵¹⁹.

Conforme a esta crítica, una teoría normativa no puede estar desligada -como parecería estar la de Ferrajoli- de una teoría compleja de la legitimidad. Esto porque las respuestas que se den en el plano de la legitimidad incidirán de manera directa en el diseño institucional. El problema del punto ciego, en este sentido, se manifestaría en que tal y como está configurado el sistema internacional, existen múltiples esferas de lo indecible sin que se de una respuesta satisfactoria respecto a cual debe primar en casos de conflicto o fricción y, una teoría con pretensiones como la de Ferrajoli, apunta Bayón, “habrá de ser lo bastante rica como para aclarar en qué casos y en qué términos se deberá mostrar deferencia desde un nivel hacia lo decidido por otro –ya sea desde el supranacional hacia el estatal o a la inversa; o desde un sistema supranacional hacia otro- y en qué casos no”⁵²⁰.

Como reconoce Bayón, el centro de esta crítica no está dirigido al constitucionalismo cosmopolita propiamente tal, sino al concepto de constitucionalismo garantista de Ferrajoli (aunque poniendo énfasis en las consecuencias de asumir este constitucionalismo en el plano global). En este sentido, esta crítica apuntaría al “defecto de planteamiento que aqueja al núcleo mismo de la concepción del constitucionalismo de Ferrajoli”⁵²¹. De esta manera la crítica de Bayón al constitucionalismo cosmopolita de Ferrajoli es una crítica que podemos denominar “externa” y que se vincula al paradigma de democracia que se utilice para analizar

perplejidad general acerca de cómo cumplir con la demanda normativa de una legitimación democrática para los arreglos legales en el mundo globalizado”, en: DOBNER, P. “More law, less democracy?” En: DOBNER, P. y LOUGHLIN, M. (Eds.) *The Twilight of Constitutionalism?*, *op.cit.*, p. 141. La traducción es propia.

⁵¹⁸ BAYÓN, J.C. “El constitucionalismo en la esfera pública global”, *op.cit.*, p.65.

⁵¹⁹ TURÉGANO, I. “Posibilidades y límites de un constitucionalismo mundial. ¿Qué queda del constitucionalismo cuando lo globalizamos?” *Estudios de Deusto*, nº2 (2012): 163.

⁵²⁰ BAYÓN, J.C. “El constitucionalismo en la esfera pública global”, *op.cit.*, p.71.

⁵²¹ *Ibidem*, p.61.

las propuestas. Esto pone de manifiesto algo que ya poníamos de relieve en el capítulo II de este estudio, y es que uno de los debates que se encuentra en el centro sobre el constitucionalismo cosmopolita tiene que ver con el concepto mismo de democracia y su vinculación con el constitucionalismo.

Otra de las críticas dirigidas al constitucionalismo cosmopolita desde la perspectiva democrática la encontramos en la vereda conceptual y pragmática de la discusión. Desde esta argumentación se sostiene que el *demos* requiere algún tipo de integración cultural y lingüística. En sus versiones más extremas esta versión sostiene la necesidad de identificación de un *ethnos* con un *demos*⁵²² y, en aquellas más moderadas, se destaca la importancia de la uniformidad lingüística⁵²³. Este elemento sería relevante porque si la democracia trata de asegurar mediante la deliberación las mejores condiciones para la formación de la voluntad, entonces para deliberar juntos necesitamos al menos el lenguaje⁵²⁴. Conforme a esta perspectiva y dadas las dificultades que presenta también un modelo de *demos* superpuestos en círculos concéntricos (dada la inexistencia de normas de resolución de conflictos de competencia), para esta perspectiva lo mejor sería “reforzar y mejorar el proceso democrático dentro de los estado-nación, de modo que las delegaciones de autoridad a instituciones supranacionales no se conviertan en simples pérdidas de autogobierno”⁵²⁵.

Finalmente, dentro de las críticas democráticas encontramos aquellas que cuestionan la forma en que se conforma la esfera pública democrática en el plano transnacional y los principios que la informan. Esta es principalmente la crítica que realiza Nancy Fraser a la propuesta de Habermas. Aunque la autora reconoce la utilidad del principio de “todos los afectados” como criterio para la definición de quién debe adoptar las decisiones, cuestiona que en el caso de Habermas este criterio no sea aplicado al plano de la metapolítica, es decir,

⁵²² Véase, en este sentido, la posición de Grimm en debate con Habermas sobre la posibilidad de una Constitución para Europa: GRIMM, D. “¿Necesita Europa una Constitución?” *Debats*, nº 55 (1996): 4-20. En esta misma línea, por ejemplo Zolo sostiene la necesidad de una cohesión y lealtad política de los ciudadanos como una variable esencial del régimen democrático. Esto requeriría, por tanto, vínculos pre-políticos entre los miembros del grupo que remiten a una identidad colectiva. Dialogando directamente con Habermas, indica respecto de este autor “Ni siquiera el más abstracto ‘patriotismo de los derechos’ puede prescindir por así decirlo, de una cierta ‘intimidad’ entre los miembros del grupo: estos no pueden ser extraños los unos respecto de los otros” véase: ZOLO, D. *Los señores de la paz: una crítica al globalismo jurídico*, op.cit., pp. 61.

⁵²³ BAYÓN, J.C. “¿Democracia más allá del Estado?” En: RUIZ MIGUEL, A. (Ed.) *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, op.cit., pp.121-138.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 129.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 136.

respecto al cómo se toman las decisiones respecto al quién⁵²⁶. El problema del principio de “todos los afectados” es que dado el “efecto mariposa” es posible sostener que “casi todo el mundo está afectado por casi todo”⁵²⁷. En este sentido, el principio se vuelve poco operativo para ser aplicado al plano transnacional. Pero además, la decisión de conceder diferentes niveles de legitimidad a distintos marcos de decisión -como la propuesta de Habermas-, lo que haría en realidad sería esconder bajo consideraciones aparentemente fácticas, una decisión previa sobre los marcos tomada acríticamente⁵²⁸. Una perspectiva realmente democrática consideraría que los marcos fueran también definidos conforme al principio democrático.

Resumiendo las perspectivas democráticas podemos destacar la perspectiva de Massimo La Torre, quien con ocasión de lo ocurrido en la Unión Europea y la salida del Reino Unido, reflexiona sobre los déficit democráticos del constitucionalismo de carácter cosmopolita⁵²⁹. Siguiendo un análisis similar al de Nancy Fraser (pero desde una posición escéptica acerca de la posibilidad de la constitución de una esfera pública mundial), indica que el lenguaje constitucional requiere de una sociedad civil concreta y una esfera pública activa y operativo (en el entendido de que el constitucionalismo moderno es producto de una comunidad concreta, un pueblo)⁵³⁰. Aunque destaca que el constitucionalismo cosmopolita ha intentado hacerse cargo de esta problemática, indica que sus estrategias siguen presentando déficits desde el punto de vista democrático. La primera estrategia (donde el autor ubica, por ejemplo a Habermas)⁵³¹, porque fuerza las categorías deliberativas para aplicarlas a prácticas e instituciones que carecen de las características necesarias para la formación de una voluntad común. La segunda estrategia simplemente prescindiría de esta voluntad, optando por entregar la legitimidad de las prácticas constitucionales a su conformidad con derechos fundamentales (donde podemos ubicar la estrategia de Ferrajoli),

⁵²⁶ FRASER, N. *Escalas de justicia*. Traducción de Antoni Martínez. Barcelona: Herder, 2008, p. 63.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 84.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 85. Para la autora, habría una “irreductible dimensión performativa en cualquier decisión sobre el marco”, véase: *Ibidem*, p.88.

⁵²⁹ LA TORRE, M. “El Brexit y la miseria del constitucionalismo global”, *op.cit.*, 4-11.

⁵³⁰ *Ibidem*, 8.

⁵³¹ “Un caso un tanto grotesco de tal concepción se encuentra en la afirmación de que los centenares de comités y subcomités de expertos y cabildeadores en torno a la Comisión Europea (la llamada ‘comitología’) constituyen un embrión de experiencia de poliarquía deliberativa capaz de legitimar democráticamente a las instituciones de la Unión”, véase: *Ibidem*, p. 8.

existiendo una regresión iusnaturalista⁵³². Ambas estrategias traen como consecuencia que el constitucionalismo en el plano internacional sea “pobre”, en el sentido de que nos haría a todos/as “pobres en participación democrática, al privarnos de la condición de ciudadanos activos”⁵³³.

Como se desprende del análisis de las críticas democráticas, éstas no apuntan al constitucionalismo cosmopolita propiamente tal, sino mas bien a algunos de sus elementos (como se configura el *demos*) o a configuraciones teóricas que lo sustentan (como la noción de democracia sustancial en el caso de Ferrajoli). Con la excepción de la crítica de Fraser o La Torre, es difícil establecer la crítica democrática como una línea de pensamiento que dialogue directamente con el constitucionalismo cosmopolita, lo que refleja una vez más que dentro de este concepto se pueden desarrollar diferentes concepciones de la democracia y, por tanto, es susceptible de críticas desde diversos paradigmas.

2.4 Crítica desde la filosofía del Derecho

Otra de las críticas que se sustentan en relación al constitucionalismo cosmopolita la encontramos desde la perspectiva de la filosofía del Derecho, donde se destaca la insuficiencia del monismo para explicar la realidad del derecho internacional (Danilo Zolo), o bien que el monismo es adecuado y que, por el contrario, alejarse de él resulta incoherente para una propuesta cosmopolita (Alberto Puppo). En definitiva, ambas críticas coinciden en la necesidad de abordar estas cuestiones desde una filosofía del Derecho que resulte coherente y con capacidad explicativa para el mundo global.

Por una parte, Danilo Zolo argumenta que el monismo (sostenido principalmente por Kelsen) sería inadecuado para explicar la realidad jurídica más allá del Estado. La teoría del Derecho -incorporando la dimensión internacional- no puede ser sino una “teoría impura” del Derecho. Esto se da porque en la arena internacional la relación entre Derecho y poder es tan ambigua y estrecha que la teoría del Derecho se vería reducida a una simple especulación normativa si no coloca en el centro de su atención las múltiples variantes que influyen en la

⁵³² “El constitucionalismo sería así absorbido por una forma netamente radical de derecho natural, que no necesitaría en modo alguno ser certificado, aprobado, precisado o ajustado al contexto socio-económico, cultural y político por parte de la ciudadanía”, véase: *Ídem*.

⁵³³ *Ibidem*, p. 11.

aplicación y producción de las normas⁵³⁴. Una teoría moderna y realista del Derecho debería plantear “la relación que existe entre las formas del derecho y, por así decirlo, las deformidades o la ausencia de formas de los *arcana imperii*. Y debería traducir esta relación en una contaminación teórica sistemática entre derecho y poder y entre poder y violencia”⁵³⁵. Para Zolo es necesaria una transición desde la lógica del Leviatán hasta la de mil cadenas frágiles de Liliput⁵³⁶, con un modelo de derecho policentrista, donde existe una sociedad civil articulada en una “pluralidad de regímenes” capaces de coordinar a los sujetos con una lógica sistémica de gobernación sin gobierno⁵³⁷.

Otra crítica, esta vez desde la vereda del monismo, la encontramos en Puppo, quien en relación a la propuesta de Ferrajoli destaca la imposibilidad de sostener un cosmopolitismo jurídico sin sustentarlo en una teoría monista del Derecho. Para este autor no sería compatible una propuesta garantista de carácter cosmopolita con una visión “policéntrica del derecho”, como hace el autor italiano. En efecto, si el garantismo supone rigidez constitucional, una Constitución con criterios de validez formales y materiales y control de jurisdiccionalidad de la Constitución, no es posible contar con un sistema donde puedan existir distintas “esferas de lo indecidible”⁵³⁸. Para Puppo,

“[L]a concepción estricta de la legalidad, propia de un Estado constitucional (garantista) de derecho es inseparable de una visión monista, caracterizada por un fundamento último de validez y por una institución última de garantía. Si esto es verdad, lo anterior resulta incompatible, conceptualmente, con otra característica del constitucionalismo ferrajoliano: el ‘cosmopolitismo jurídico policéntrico y pluralista’”⁵³⁹.

⁵³⁴ ZOLO, D. *Los señores de la paz. Una crítica al globalismo jurídico*, op.cit., p. 125.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 125.

⁵³⁶ Acá Zolo toma la analogía que realiza Toulmin, “Si la metáfora política de la modernidad era el Leviatán, en el futuro se podrá describir mejor la situación de las potencias nacionales y de las superpotencias con la imagen de Lemuel Gulliver que tras despertar de su sueño se encuentra inmovilizado por una infinidad de delgadísimas cadenas”, véase: TOULMIN, S. *Cosmópolis: el trasfondo de la modernidad*. Traducción de Bernardo Moreno. Barcelona: Península, 2001, pp. 274-275. Citado por Zolo, en: ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, op.cit., p. 178.

⁵³⁷ ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, op.cit., p. 226.

⁵³⁸ En el mismo sentido: BAYÓN, J.C. “El constitucionalismo en la esfera pública global”, op.cit., p. 85.

⁵³⁹ PUPPO, A. “Constitucionalismo global y excepción internacional: una mirada escéptica a *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli”, op.cit., p. 31.

En este sentido, el gran problema de la propuesta de Ferrajoli desde la perspectiva de la filosofía del Derecho fue pasar por alto cómo operan las relaciones entre derecho internacional y derecho interno⁵⁴⁰.

En el mismo sentido, Bayón destaca lo problemática que resulta la solución del “pluralismo constitucional” como la entiende Ferrajoli, para resolver las fricciones que se generan entre derecho internacional y derecho interno. Para Bayón el problema del constitucionalismo en la esfera global es el de las relaciones entre ordenamientos que se superponen sin que haya una regla clara acerca del modo en que habría de desenvolverse la interacción entre ellos. Utilizando la terminología de Hart, se sostiene que lo que faltaría sería una construcción teórica respecto a la regla de reconocimiento en el derecho cosmopolita. Se trataría, en definitiva, de reconstruir una regla compleja de principios coherentes y generales en torno a la forma en que se distribuye la autoridad legítima en el derecho⁵⁴¹.

Las críticas enunciadas ponen de manifiesto, como ya adelantábamos en el capítulo anterior, la necesidad de contar con una filosofía del Derecho que sustente al constitucionalismo cosmopolita. Como destaca Zolo, se ha llegado a estas teorías sin el apoyo de ninguna filosofía política o del derecho remotamente comparable a la influencia que ha ejercido la teoría filosófica en el desarrollo del Estado democrático liberal moderno. Así como gran parte de la reflexión *iusfilosófica* en los últimos años ha estado condicionada por la presencia de constituciones en los ordenamientos jurídicos⁵⁴², cabe preguntarse porqué no ha pasado lo mismo por la presencia del derecho más allá del Estado que tiene características constitucionales. La necesidad de desarrollar una filosofía del Derecho que considere la dimensión internacional y sus especificidades, sigue siendo uno de los mayores desafíos de la filosofía contemporánea⁵⁴³.

⁵⁴⁰ Indica el autor que esta cuestión ocupó incesantemente a los pacifistas positivistas del siglo XX, pero Ferrajoli parece “en vez de haber solucionado la cuestión, haberla dejado de lado o, más gráficamente, haberla desaparecido como una poción mágica”, véase: *Ibidem, op.cit.*, p. 21.

⁵⁴¹ BAYÓN, J.C. “El constitucionalismo en la esfera pública global”, *op.cit.*, pp. 86-87.

⁵⁴² ANSUÁTEGUI, F.J. *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, *op.cit.*, p. 15.

⁵⁴³ ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, *op.cit.*, p. 44.

3. Pertinencia y adecuación de las perspectivas críticas

Tras el desarrollo de las perspectivas críticas al constitucionalismo cosmopolita, bien podría pensarse que éste es un concepto no sólo inviable, sino que tampoco deseable. Los debates que se encuentran tras estas críticas ponen de manifiesto desacuerdos profundos en torno a los tópicos más clásicos de la filosofía jurídico-política como señalamos a propósito de cada una de las críticas. Esta discusión, en efecto, nos trae de vuelta -aunque en otro escenario- al debate sobre la relación entre derecho y moral, derecho y poder, democracia y derechos. En definitiva, a la tensión entre razón y voluntad⁵⁴⁴. La dificultad es que nos encontramos ante un escenario más complejo que el del Estado y por ello, también las respuestas a estas preguntas se vuelven más complejas. Sin embargo, esto no nos debe llevar a descartar las posibilidades de analizar los problemas bajo estos parámetros (como parecen sugerir algunas de las posturas críticas), sino al contrario, a redoblar los esfuerzos para identificar adecuadamente las tensiones y reconstruir o construir categorías y regulaciones apropiadas.

A continuación, a partir de la revisión de la pertinencia y adecuación de las críticas a la reconstrucción del concepto realizada a partir de los autores analizados en el capítulo II, en este apartado se mostrará que aún con ciertas deficiencias en su planteamiento actual, el constitucionalismo cosmopolita sigue teniendo buenos argumentos frente a sus críticos⁵⁴⁵.

3.1 Algunos problemas de la crítica “realista”

Una de las primeras cuestiones que hay que reconocer es que la crítica realista apunta correctamente a las deficiencias del proyecto cosmopolita tal y como se encuentra configurado hoy. Efectivamente hay un diagnóstico que nos hace pensar que los derechos humanos han perdido el carácter emancipador que suponían y no sólo carecen de protección

⁵⁴⁴ Esta es una tensión, sin embargo, inmanente al derecho mismo. Como indica Ansuátegui: “Lo que sí parece cierto es que más allá de las diferentes formas de presentación y articulación del Derecho a lo largo de la historia y de las culturas, en tanto que realidad normativa constituye el escenario del encuentro o desencuentro entre la expresión de una voluntad y determinadas exigencias de racionalidad o de corrección. Me refiero, en términos habermasianos, a la tensión entre facticidad y validez, entre la positividad del Derecho y la legitimidad, tensión ‘*inmanente*’ al derecho mismo”. Véase: ANSUÁTEGUI, F.J. *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, *op.cit.*, p. 17. El destacado es original del texto.

⁵⁴⁵ Específicamente sobre la crítica democrática y la crítica de la filosofía del derecho volveré en el último apartado de este capítulo, donde propondré que a partir de éstas debe desarrollarse una agenda de investigación para un constitucionalismo cosmopolita posible.

efectiva, sino que también se han utilizado como banderas de legitimación para hacer la guerra. Desde esta perspectiva, el realismo nos permite poner sobre la balanza la existencia de elementos extrajurídicos que una visión constitucionalista no puede omitir si no quiere dejar de responder a la realidad social que regula. Sin embargo, incluso como descripción de la realidad con un alto potencial crítico, lo cierto es que la perspectiva realista tiene paradojas de las cuales es difícil escapar sino es a través de una reconstrucción en clave constitucionalista de ciertos fenómenos.

Una de las primeras cuestiones que es posible apuntar y que es destacada, por ejemplo, por García Pascual, es que la perspectiva realista omite el análisis del punto de vista interno del Derecho. Conforme a la distinción realizada por Hart, el Derecho puede ser analizado desde el punto de vista interno y el punto de vista externo. El punto de vista externo es aquel del observador que describe la forma en que opera la realidad jurídica. El punto de vista interno es aquel del participante y es el que, en definitiva, permite determinar las razones para la conducta⁵⁴⁶. El problema del realismo estaría en que solo se adopta el punto de vista externo (se describe como regularidad, por ejemplo, la guerra), sin embargo, la perspectiva realista no es capaz de decirnos nada sobre las razones para la acción⁵⁴⁷. Una de las paradojas que, por ejemplo, la perspectiva realista no es capaz de resolver es porqué (si el proyecto cosmopolita resulta irrelevante desde el punto de vista de las razones para la acción) países como Estados Unidos se sustraen de su vigencia y muestran resistencia. Esta sería una muestra (al contrario de lo que abogan sus críticos), de que el proyecto constitucionalista más allá del Estado es justamente un avance hacia la imposición de límites al poder. Como señala García Pascual, se produce la paradoja de que un tribunal que –en concepto de Posner sería inoperante– “constituye una amenaza para la soberanía de los Estados más poderosos del mundo”⁵⁴⁸. El Derecho es, en este sentido, una suave fuerza civilizadora allí donde el medio jurídico se aplica como un poder de configuración constitucional⁵⁴⁹.

Siguiendo con la perspectiva del punto de vista interno, otro del problema del realismo es que no se considera que -incluso asumiendo la perspectiva del interés- el Derecho, así

⁵⁴⁶ Sobre el punto de vista interno y externo en el Derecho, véase: HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007 [1961], pp. 111 y ss.

⁵⁴⁷ GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi*, *op.cit.*, p. 251.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 217.

⁵⁴⁹ HABERMAS, J. *El Occidente escindido*, *op.cit.*, p. 105.

como la economía, también pueden ser factores para la construcción de ese interés. En este sentido, una de las dificultades del realismo, al menos en la versión de Zolo, es que al asumir una perspectiva únicamente culturalista de los conflictos se vuelve –paradójicamente- poco realista. La exclusión del Derecho como factor es una perspectiva igual de limitada que aquella que considera que es el único. Al eliminar totalmente los elementos normativos de la política, hace que pierda su capacidad proyectiva⁵⁵⁰.

También hay que destacar que la perspectiva realista incurre tanto en una falacia naturalista como en una falacia determinista. En efecto, el realismo opta por extraer de la observación de la realidad inferencias que conducen a una argumentación determinista en relación a las posibilidades del Derecho (falacia naturalista confunde lo que acaece con lo que no puede acaecer)⁵⁵¹. La falacia determinista consiste en acreditar como inevitable lo que es, en cualquier caso, obra de las personas y de lo que los poderes económicos y políticos tienen responsabilidad⁵⁵². Aunque el Derecho no sea el único mecanismo para transformar la supuesta inevitabilidad (y ahí el realismo tiene un punto que aportar a perspectivas exclusivamente normativistas), es posible sostener que lo verdaderamente poco realista a largo plazo es sostener que la realidad pueda permanecer indefinidamente tal como es ahora⁵⁵³.

En este sentido, el realismo, utilizando la terminología de Boaventura de Sousa Santos, ofrece una respuesta “débil-débil”, en el sentido que es de aquellas respuestas que

“[R]epresenta el nivel mínimo de conciencia de una época concreta. Descarta y estigmatiza la perplejidad como un síntoma del fracaso en comprender que lo real coincide con lo posible y en valorar que las soluciones hegemónicas son el resultado ‘natural’ de la supervivencia del más fuerte [...] la respuesta débil-débil es una invitación al inmovilismo”⁵⁵⁴.

⁵⁵⁰ SALES, T. “El realismo crítico de Danilo Zolo”. *Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía*, nº9 (2009): 194.

⁵⁵¹ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Vol. II, op.cit.*, p.586.

⁵⁵² *Ibidem*, p.585.

⁵⁵³ *Ídem*.

⁵⁵⁴ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, *op.cit.*, p. 15.

De esta manera, aunque la alternativa constitucionalista de carácter cosmopolita tenga desafíos pendientes, como veremos, se transforma en una respuesta fuerte-débil en la medida en que es una invitación a moverse asumiendo grandes riesgos⁵⁵⁵.

3.2 La pertinencia de la crítica a la analogía doméstica

Respecto a la analogía doméstica cabe preguntarse la pertinencia de esta crítica considerando la formulación del constitucionalismo cosmopolita contemporáneo. Tanto Ferrajoli como Habermas descartan que sus posturas sean reconstrucciones de la clásica analogía doméstica. Ninguna de las posiciones actuales postulan una traslación del Estado Constitucional de Derecho -sin intermediaciones ni adaptaciones- a la esfera internacional.

Recordemos que, por ejemplo, el autor italiano pone énfasis en la separación de las funciones de garantía y gobierno, siendo solo las de garantía aplicables al ámbito global. Señala Ferrajoli sobre esta crítica:

“[E]s claro que la estructura organizativa del ordenamiento internacional anticipada por la doble separación propia de la federación –entre funciones supranacionales de distinto nivel y funciones estatales, y entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía- no tiene nada que ver con el tradicional sistema concentrado y jerarquizado de fuentes e instituciones que es el propio Estado nacional, aunque sea federal. Se sustrae, por tanto, a la *domestic analogy*, que obsesiona tanto a muchos partidarios como críticos de un constitucionalismo cosmopolita”⁵⁵⁶.

En el caso de Habermas, recordemos que existe una crítica a Kant respecto a la forma en que argumenta las similitudes entre la sociedad internacional y la nacional. En este sentido, reconociendo dichas diferencias, señala que el paso desde el Estado nacional hacia la situación cosmopolita no puede realizarse en línea recta, proponiendo un paso mediatizado por distintos niveles de legitimación democrática y de funciones diferenciadas entre la esfera nacional, transnacional y supranacional.

En este sentido, podríamos sostener que lo que “queda” de la analogía doméstica en las reconstrucciones contemporáneas de un constitucionalismo cosmopolita es la argumentación referida a que la “lógica” del constitucionalismo (entendida como limitación al poder y

⁵⁵⁵ Sobre las respuestas fuertes-débiles, véase: *Ídem*.

⁵⁵⁶ FERRAJOLI, L. *Principia iuris*. Vol. II, *op.cit.*, p. 561.

garantía de los derechos) puede ser trasladada más allá del Estado⁵⁵⁷. En la misma línea marcada por Kant, recordemos que el modelo cosmopolita es una exigencia de la razón, más que una forma de “imitación” de los resultados del modelo del Estado-nacional. Como plantea Bottici, el modelo es un postulado de la razón *a priori* y que es aplicado a todos los casos posibles: individuos dentro de una nación, Estados en sus relaciones mutuas y, finalmente, individuos y Estados⁵⁵⁸. Conforme a esta interpretación, cabría aún por analizar entonces si los aspectos de la crítica a la analogía doméstica, interpretada en esos términos, son plausibles.

Al respecto, cabe destacar que una de las principales argumentaciones de los críticos se basa en destacar la existencia de una “anarquía cooperativa” que hace que el poder de los Estados se limite a favor de la cooperación común. Sin embargo, ninguna de estas perspectivas reconoce la existencia de otros actores –además de los Estados- en la esfera internacional, como por ejemplo, las empresas transnacionales y, en general, los “poderes salvajes” a que se hace referencia Ferrajoli y que no operan bajo la lógica de la cooperación y, si lo hacen, no bajo la perspectiva de la garantía de los derechos humanos (sino en base a acuerdos privados que buscan garantizar la estabilidad de las operaciones financieras⁵⁵⁹).

Por otra parte, la lógica bajo la que opera la tesis de la anarquía cooperativa no es la de los derechos humanos, sino simplemente la de mantención de equilibrios a favor de la soberanía. Tal perspectiva omite entonces la dimensión de la garantía de los derechos humanos como uno de los objetivos a perseguir en la cooperación que tiende hacia el equilibrio⁵⁶⁰. Desde esta punto de vista, podría sostenerse entonces, que el desacuerdo profundo se encuentra respecto a si los Estados serían los únicos actores con capacidad para garantizar los derechos humanos⁵⁶¹. La perspectiva estatista no es capaz, sin embargo, de

⁵⁵⁷ Esta es la interpretación que parece adoptar Ferrajoli cuando indica: “Es el argumento hobbesiano de la oposición entre derecho y guerra, entre garantía del derecho a la vida y violencia desregulada, el que tiene una racionalidad intrínseca, tanto en las relaciones entre individuos como en las que dan entre los Estados, y que sería directamente contestado por los que rechazan como falta de realismo la perspectiva del pacifismo jurídico y del constitucionalismo global”, véase: *Ibidem*, p. 483.

⁵⁵⁸ BOTTICI, C. “The domestic analogy and the kantian project of perpetual peace”, *op.cit.*, p. 402.

⁵⁵⁹ Sobre estas nuevas formas de legalidad advierte Francisco Laporta, en: LAPORTA, F. “Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n°39 (2005): 243-265.

⁵⁶⁰ GARCÍA PASCUAL, C. “Crítica bibliográfica. Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, n°20 (1999): 425.

⁵⁶¹ Este debate es desarrollado, por ejemplo, en: MONTERO, J. “Derechos humanos: estatistas, no cosmopolitas”. *Isegoría*, n°49 (2013): 459-480.

responder de qué manera se pueden imponer obligaciones respecto a la garantía y respeto de derechos humanos a actores no estatales sin sostener la existencia de un cuerpo normativo con capacidad coactiva que trascienda al Estado y en cuya base exista un acuerdo de tipo constitucional⁵⁶². En ese sentido, la alternativa coherente de aquella posición sería renunciar a la universalidad de los derechos humanos como ideal normativo.

3.3 Interpretación de tendencias opuestas

Probablemente uno de los aspectos que inciden en el debate sobre la pertinencia de un constitucionalismo cosmopolita, es la interpretación que se realiza de las tendencias que se dan a nivel nacional e internacional en relación al cumplimiento de las normas de derechos humanos. Mientras que, por una parte, nos encontramos en los cosmopolitas con una interpretación de la historia de los derechos narrada en términos de su progresiva expansión e institucionalización (siguiendo a Bobbio), los realistas se centran en destacar los constantes fracasos que sufre el derecho frente a fenómenos como la guerra y, en general, en narrar una historia que pone de relieve las manifiestas violaciones que sufren los derechos humanos en el mundo⁵⁶³.

Frente a esta dicotomía corresponde preguntarse entonces, ¿cómo interpretar las tendencias opuestas que nos presenta el escenario internacional?, ¿la historia de los fracasos de los derechos humanos debe llevarnos a abandonar la idea de su universalización o al ideal constitucionalista más allá del Estado?

⁵⁶² Esto es señalado de manera clara por Lafont: “Pero ¿cómo puede justificarse como un medio de ‘implementar’ la protección de los derechos humanos una medida cuyo objetivo es influir en el comportamiento de un actor que no tiene la responsabilidad de proteger los derechos humanos? Más aún, ¿cómo podría emprender el actor no estatal la reforma de las regulaciones en cuestión en nombre de la implementación de los derechos humanos, sin reconocer y aceptar con ello la obligación de proteger los derechos humanos? [...] Apelar a la protección de los derechos humanos sólo puede proporcionar una razón válida para reformar regulaciones económicas globales si las instituciones encargadas de ‘implementar’ esa reforma tienen ellas mismas la obligación de proteger los derechos humanos. La plausibilidad normativa de dichas apelaciones habla a favor de abandonar la asignación monista de obligaciones primarias que caracteriza a la concepción centrada en el Estado”, véase: LAFONT, C. “Responsabilidad, inclusión y gobernanza global: una crítica a la concepción estatista de los derechos humanos”, *op.cit.*, pp. 419-420.

⁵⁶³ Para Mazzarese esta sería una más de las aporías que se encuentra presente en las propuestas realistas, indica la autora: “Así, en conclusión, la que parece intrínsecamente ‘aporética’ no es la doctrina de los derechos, con todas las dificultades que la vuelven controvertida, cuanto más bien la posición de quien decreta su fracaso y auspicia su fin no porque cuestione sus valores sino, sorprendentemente, porque lamenta su violación”. Véase: MAZZARESE, T. ¿Repensar la cultura de los derechos?, *op.cit.*, p. 165.

Frente a estas preguntas creo que caben dos aproximaciones que merecen tenerse en consideración y que muchas veces se encuentran ausentes en el debate. Una tiene que ver con el tipo de tendencias que se identifican. Si la evaluación de la pertinencia del constitucionalismo cosmopolita se realiza solo en base a su aptitud para prevenir y sancionar la guerra, creo que no caben dudas para ser pesimistas. Sin embargo, hay otros aspectos que comúnmente son omitidos pero son los que progresivamente van generando cambios en la manera de entender los derechos y el constitucionalismo más allá del Estado. Son aquellos procesos silenciosos, soterrados, invisibles. Es por ejemplo, el impacto que tiene el derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia nacional, la manera en que se van configurando los estándares internacionales sobre derechos humanos en las cortes internacionales mediante el diálogo con las cortes nacionales o entre las cortes internacionales entre sí, los cambios en la legislación (e incluso en las constituciones) que se dan en cumplimiento de sentencias internacionales. Es también la necesidad de los Estados que tienen de legitimar su actuar bajo el lenguaje de los derechos humanos, de actuar bajo la ley internacional. Es el espacio que ven grupos tradicionalmente excluidos en el foro internacional para exigir sus demandas, es la lucha por transformar en lenguaje del derecho exigencias vinculadas con el medio ambiente o el respeto por la diversidad de género y sexual. Es un foro, un espacio al que la sociedad no renuncia. En este sentido, corresponde preguntarse si, entonces, no debemos dirigir la mirada también a estos procesos, preguntarnos sus causas y, en definitiva, ver si en ellos encontramos algunas respuestas a las estrategias y técnicas para la garantía de los derechos. Se trata en todo caso, de ser cosmopolitas también en el método. Si no se abandona el nacionalismo metodológico inevitablemente terminaremos observando únicamente a los Estados (y sus tendencias) como la única manifestación de las posibilidades y limitaciones de un constitucionalismo más allá del Estado. Son también actores a observar en los procesos de tendencia los individuos, la sociedad civil, los organismos internacionales, los movimientos sociales.

Estas afirmaciones se relacionan directamente con otro aspecto que considero esencial para responder estas preguntas y tiene que ver con el rol que se le asigna al científico. Si bien tenemos la responsabilidad de analizar críticamente los procesos, sus consecuencias y posibilidades, ello no implica asumir -necesariamente- como parece asumir parte del discurso vigente, que ya no quedan estrategias o caminos que trazar. Ninguna de las críticas analizadas

parece ofrecer tampoco un camino alternativo más que el determinismo. Si el análisis es caótico, mayor será la responsabilidad de la academia en desentrañar los procesos que subyacen, pero también en poner de relieve sus posibles vías de encauzamiento⁵⁶⁴.

3.4 Fundamentalismo humanitario

La crítica que se refiere al carácter de “fundamentalista” que tendría el cosmopolitismo contemporáneo y que, en definitiva, sería aquel que permite justificar guerras bajo la bandera de los derechos humanos, es una crítica dirigida al “cosmopolitismo inauténtico”. Beck, cuando analiza los diferentes tipos de cosmopolitismos, indica que el cosmopolitismo inauténtico es aquel que instrumentaliza la retórica de la paz y los derechos humanos con fines nacionales hegemónicos⁵⁶⁵. El constitucionalismo cosmopolita, por el contrario, justamente lo que pretende es imponer límites al poder (político o económico) que utiliza la retórica de los derechos humanos y se plantea como una alternativa al unilateralismo. En este sentido, también es necesario trazar una distinción entre globalismo y cosmopolitismo que es relevante para entender cómo se desarrollan las prácticas hegemónicas en relación a los derechos humanos. La apropiación del discurso de los derechos por parte de las potencias hegemónicas no es una manifestación del constitucionalismo cosmopolita, sino del globalismo entendido como una interpretación de la globalización económica y del derecho en clave neoliberal y hegemónica y que supone una paulatina homologación de las diferencias políticas y culturales⁵⁶⁶.

El constitucionalismo cosmopolita, en este sentido, lo que deberá resolver son las estrategias jurídicas y políticas adecuadas para la limitación o prohibición de prácticas unilateralistas. No por casualidad, como destaca Ferrajoli, son justamente los neoconservadores aquellos que propugnan el cierre de Naciones Unidas, la eliminación de la

⁵⁶⁴ En este sentido, comparto el que Ferrajoli denomina “optimismo metodológico”, que equivale al “rechazo de todo determinismo que excluya que cualquier otro mundo es posible, de la desresponsabilización de la política consiguiente al abandono de toda perspectiva de posible transformación y del pesimismo metodológico que puede conducir a la abdicación de la razón y a la renuncia a todo proyecto de progreso político y social”, véase: FERRAJOLI, L. “Principia Iuris. Una discusión teórica”, *op.cit.*, p. 433.

⁵⁶⁵ BECK, U. *Poder y contrapoder en la era global*, *op.cit.*, p. 44.

⁵⁶⁶ ZOLO, D. *Los señores de la paz: una crítica al globalismo jurídico*, *op.cit.*, p. 125.

prohibición de la guerra y la superación del derecho internacional por las teorías de las relaciones internacionales⁵⁶⁷.

Por otra parte, es importante recalcar que, a diferencia de los pacifistas jurídicos del S.XX (como Bobbio y Kelsen), los constitucionalistas cosmopolitas contemporáneos proponen algo más complejo que solo la eliminación de la guerra mediante el Derecho. En efecto, en base a una consideración de que la guerra tiene factores complejos que la explican y sustentan, el constitucionalismo cosmopolita apunta no solo a la prevención de la violencia, sino a los presupuestos reales de una vida en común sin tensiones. Si bien en los antecedentes del debate el tema de la guerra se presentaba como la única preocupación de los cosmopolitas jurídicos, en las propuestas contemporáneas el análisis es de mayor complejidad, incorporando dimensiones económicas y sociales, no solamente jurídicas. La “paz por medio del derecho” ha cambiado de significado y en la actualidad ya no significa ausencia de guerra, sino fundamentalmente garantía efectiva de los derechos humanos⁵⁶⁸. Esto se puede apreciar en las propuestas de Ferrajoli referidas a un constitucionalismo de los derechos sociales o a la importancia que Habermas da a la igualdad de espacios de participación democrática en la deliberación transnacional.

3.5 La pertinencia del lenguaje constitucional

Si analizamos con detalle las críticas sostenidas desde el constitucionalismo hacia el constitucionalismo cosmopolita, advertimos que gran parte de ellas tienen que ver con las dificultades que presenta trasladar el lenguaje constitucional a la esfera internacional, por tratarse de un escenario complejo donde las condiciones para el desarrollo del constitucionalismo serían difíciles. Se trata de un escenario donde hay dispersión del poder y donde resulta complejo identificar voluntades comunes.

La dificultad de identificación del poder en la esfera transnacional no nos debe llevar a abandonar la aspiración de su regulación, por el contrario, debería impulsar a la búsqueda de estrategias para su identificación y limitación⁵⁶⁹. Que el escenario internacional no es igual

⁵⁶⁷ FERRAJOLI, L. *Principia iuris*. Vol. II, *op.cit.*, pp. 551-552.

⁵⁶⁸ GARCÍA PASCUAL, C. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, *op.cit.*, pp. 189-190.

⁵⁶⁹ Coincido en este sentido con Ruiz Miguel, quien indica respecto al constitucionalismo cosmopolita: “Ciertamente, que la posible realización del ideal cosmopolita se vea hoy muy lejana no significa que debamos borrarlo del horizonte, porque, como lo vio claro León Tolstói, eso sería como tirar la brújula por la borda para

que el nacional es evidente. Tanto Habermas como Ferrajoli, en este sentido, descartan la analogía doméstica tal y como era configurada por Kant o Bobbio.

Si constatamos que en las propuestas contemporáneas de constitucionalismo cosmopolita no existe una propuesta que traslade el Estado de Derecho al ámbito internacional sin adaptaciones relevantes, gran parte de la crítica de la analogía doméstica se queda sin sustento. Como hemos señalado, lo que se busca es trasladar el paradigma constitucionalista entendido como limitación al poder para la garantía de derechos, es decir, lo que se homologa es la “lógica” del constitucionalismo. En este sentido, corresponde preguntarse, considerando que esta realidad es efectiva, si debemos abandonar la aspiración de regular esta realidad bajo el paradigma constitucionalista por su dificultad o, por el contrario, si asumiendo que el paradigma constitucional es un paradigma deseable, deben buscarse estrategias para avanzar hacia la consecución del paradigma constitucionalista más allá del Estado.

En este debate, se opta por la segunda alternativa. Asumimos como premisa cierta que en el Estado se dan de manera más o menos óptima las condiciones para la implementación del paradigma constitucionalista, pero si consideramos que este paradigma implica limitación del poder y la conciliación de la voluntad de uno con la voluntad de todos a través de la legislación, adjudicación y protección de los derechos, parece ser que puede ser realizado también en sociedades que no están “contenidas” en un Estado⁵⁷⁰. Al tratarse de voluntades comunes que convergen en la legitimación y limitación del poder para el ejercicio de la libertad, la Constitución se vincula al concepto de soberanía (entendida como voluntad común), pero no a un territorio (entendido como el territorio estatal)⁵⁷¹.

dejar que el navío siga a ciegas el rumbo del viento. Pero también sería ilusorio contentarse con mirar la brújula sin atender a las coordenadas en que nos encontramos”. Véase: RUIZ MIGUEL, A. “La función del derecho en un mundo global”. En: ID (Ed.) *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, op.cit., p. 27.

⁵⁷⁰ PREUSS, U. “Disconnecting constitutions from statehood. Is global constitutionalism a viable concept?” En: DOBNER, P. y LOUGHLIN, M. (Eds.) *The Twilight of Constitutionalism?*, op.cit., p. 32.

⁵⁷¹ Como indica Preuss, “Las constituciones modernas que, desde finales del siglo XVII (Inglaterra) y del siglo XVIII (Francia y el otras monarquías del continente europeo), reemplazaron los sistemas absolutistas de dominación basada en el carácter territorial del estado moderno [...] Desconectaron la idea de soberanía del control sobre un territorio y lo conectaron con la idea de autogobierno colectivo de una multitud [...] el factor que afecta la metamorfosis de una multitud en una nación o un pueblo -la unidad corporativa de la multitud- no es el control sobre la coherencia y la continuidad del territorio, sino el poder constituyente de las personas mismas”, véase: *Ibidem*, p. 37. La traducción es propia.

Esta postura es coherente además con la conexión que existe entre cosmopolitismo y constitucionalismo que se ha desarrollado. Si el cosmopolitismo asume como horizonte la igualdad, el territorio deja de tener una relevancia moral que impida la formación de voluntades comunes en base a valores compartidos más allá del Estado.

Retomando la perspectiva habermasiana, estas afirmaciones no implican renunciar al Estado, al contrario, implican constatar que en ese contexto se dan las condiciones más claras para la concurrencia de las condiciones del constitucionalismo (por ejemplo, para la identificación de una voluntad común), pero que más allá de este se pueden desarrollar estrategias para identificar esferas de poder que inciden en el goce de derechos fundamentales y voluntades que concurren en diferentes círculos concéntricos. Se trata en definitiva, de asumir la dificultad del desafío tras un objetivo que parece deseable. Comparto en esto también la perspectiva de Preuss:

“[N]o se trata de explotar el aura del término constitución; más bien el objetivo es transferir el poder intelectual y moral que creó esta aura, a esferas donde las promesas esenciales de las Constituciones –establecer sistemas de acción colectiva basados en los principios de participación equitativa, responsabilidad y estado de derecho- siguen faltando. La comunidad internacional es un claro ejemplo de ello”⁵⁷².

La crítica constitucionalista, sin embargo, si tiene una perspectiva que me parece importante y es la de tener reservas con no incurrir en la desnaturalización del lenguaje constitucionalista. En efecto, con el surgimiento de estudios que se refieren a la “constitucionalización del derecho internacional” parece ser que toda regulación que pretenda garantizar derechos fundamentales tenga características constitucionales. Por ello es importante poner de relieve que una cuestión es la identificación de “tendencias” o “rasgos” constitucionales en el derecho internacional (que es un ejercicio útil para visibilizar las posibilidades del proyecto constitucionalista más allá del Estado), y otra diferente es referirse a la existencia de un constitucionalismo cosmopolita, que se ha puesto de relieve, no es un concepto descriptivo, sino más bien regulativo y prescriptivo⁵⁷³.

⁵⁷² *Ibidem*, pp. 43-44. La traducción es propia.

⁵⁷³ En esta aproximación coincide, por ejemplo, Ruiz Miguel, véase: RUIZ MIGUEL, A. “La función del derecho en un mundo global”, *op.cit.*, p. 31.

4. El constitucionalismo cosmopolita ¿Un constitucionalismo imposible?

A partir del análisis de los conceptos de constitucionalismo, cosmopolitismo, las propuestas contemporáneas sobre el constitucionalismo cosmopolita y sus críticas más relevantes, estamos en condiciones de responder la pregunta acerca de la viabilidad del proyecto constitucionalista de carácter cosmopolita.

Sobre la viabilidad, es posible hacer un discurso en dos sentidos: centrarse en las posibilidades prácticas de implementación de la propuesta o bien analizar la solidez de sus argumentos, más allá de sus posibilidades reales. Creo que esta disyuntiva es incorrecta. Si una teoría es sólida en sus argumentaciones, lo es porque precisamente permite explicar y teorizar acerca de la realidad social y, sin apartarse de sus dimensiones prescriptivas, tener un anclaje en la realidad que le permita analizarla críticamente y a la vez ser un discurso teórico transformador. Creo que el constitucionalismo cosmopolita tiene la aptitud para transformarse en uno de estos discursos, pero para ello falta desarrollar tres aspectos que no han sido tratados (o solo superficialmente), por sus reconstrucciones contemporáneas. Es lo que llamaré los tres niveles de la agenda de investigación que debe desarrollar un constitucionalismo cosmopolita para ser considerado una alternativa teórica y política viable. Antes de describir estas condiciones de posibilidad, desarrollaré con mayor precisión los argumentos sobre cual debería ser la finalidad del constitucionalismo cosmopolita, así como un discurso en torno a su necesidad. Esto permite justificar los esfuerzos que se deben realizar para desarrollar la agenda de investigación en tres niveles que se propondrá.

4.1 Necesidad y finalidad

Sobre la necesidad de contar con categorías para explicar y desarrollar normativamente el marco post-westfaliano coinciden tanto los cosmopolitas como sus críticos⁵⁷⁴. El diagnóstico común se basa en reconocer tres circunstancias claves que describen nuestro mapa: a) Las demandas de la ciudadanía ya no se plantean únicamente en términos estatales.

⁵⁷⁴ Así lo reconoce, por ejemplo, Danilo Zolo: “me parece bastante evidente que el ‘sistema de Westfalia’ está en crisis y que el proceso de reestructuración (y democratización) de la comunidad internacional no ha experimentado grandes progresos [...] no se ha logrado alcanzar la paz ni el orden mundial ‘justo’ para las que fueron creadas originalmente estas instituciones. Al mismo tiempo, la situación y estado del planeta han ido tomando aspectos alarmantes”. ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, op.cit., p.18.

Los movimientos sociales se han transformado en transnacionales y demandan respuestas articuladas a problemas comunes más allá de los márgenes del Estado⁵⁷⁵; b) Los problemas que nos aquejan son globales. Más que nunca lo que sucede en algún lugar del planeta tiene la capacidad de incidir en nuestra calidad de vida y hay circunstancias que nos transforman en una comunidad de riesgo global: calentamiento global, terrorismo, desastres ambientales, etc. y, c) Las decisiones que afectan nuestra vida diaria no son adoptadas por organismos con legitimidad democrática⁵⁷⁶. El problema de la congruencia se presenta con más fuerza en aquellas decisiones que se ven influidas por poderes supranacionales que no son públicos y no se encuentran regulados (los denominados “poderes salvajes” a que aludía Ferrajoli).

Frente a un diagnóstico común, el debate no se trata tanto de la interpretación de los fenómenos globales, sino más bien en cómo hacerles frente (se trata del debate en torno a los medios). Como se ha visto, en esta discusión, el constitucionalismo cosmopolita tiene fuertes argumentos frente a posiciones realistas o propositivas de un orden supranacional mínimo. La necesidad, evidenciada en los tres factores que se han anunciado, permite concluir que las dificultades asociadas a la propuesta cosmopolita no deben ser un factor para abandonar un discurso en torno a su posibilidad, sino un aliciente a redoblar los esfuerzos para desarrollar estrategias para su plausibilidad. En este sentido, creo que puede ser útil para ilustrar este punto una certera reflexión de Bobbio:

“[L]a apuesta es demasiado fuerte como para que no debamos tomar posición, cada uno por su parte, por más que las probabilidades de victoria sean pequeñísimas. A veces ha sucedido que un pequeño grano de arena lanzado al aire por el viento ha detenido a una máquina. Aunque existiera un millonésimo de millonésimo de probabilidad de que el tal grano, lanzado por el viento, vaya a parar al más delicado de los engranajes para detener su movimiento, la máquina que estamos construyendo es demasiado monstruosa como para que no valga la pena desafiar al destino”⁵⁷⁷.

Pero así como es relevante preguntarse el porqué de un constitucionalismo cosmopolita (discurso en torno a la necesidad, vinculado a un diagnóstico concreto), es aún más determinante el preguntarse el para qué, es decir tener un discurso en torno a su finalidad.

⁵⁷⁵ FRASER, N. *Escalas de justicia*, op.cit., p. 34-39.

⁵⁷⁶ Este diagnóstico, en las perspectivas críticas, está presente por ejemplo en Grimm, véase: GRIMM, D. “The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World”, op.cit., p. 3 y CLAVERO, B. *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, p. 197.

⁵⁷⁷ BOBBIO, N. *El problema de la guerra y las vías de la paz*, op.cit., p.94.

Para ello creo que es necesario como parte del discurso constitucionalista cosmopolita reivindicar y poner de relieve el potencial emancipador y de inclusión que pueden tener tanto el constitucionalismo como el cosmopolitismo y que, en definitiva, ponen en el centro la realización del principio de autonomía. Al contrario de lo que sostienen sus críticos, si analizamos las propuestas contemporáneas de un constitucionalismo cosmopolita, este no tiene como finalidad la uniformidad cultural y política, sino por el contrario, la generación de espacios de igualdad para la realización de proyectos de vida diversos. Propuestas como las de Habermas, donde el diálogo imparcial permite la inclusión de todos/as los/as participantes en el discurso, permiten aminorar los riesgos de un sistema hegemónico. El constitucionalismo cosmopolita es una forma de avanzar en la vocación histórica del constitucionalismo, dándole un significado particular en nuestro contexto histórico: la generación de espacios de igualdad para grupos tradicionalmente oprimidos y que en la actualidad no tienen posibilidades de emancipación porque sus condiciones ya no solo dependen del Estado en que se encuentran, sino de fuerzas políticas y económicas más allá del Estado que condicionan su existencia.

La alternativa al modelo del constitucionalismo cosmopolita, por el contrario, priva al individuo de su condición de ciudadano autónomo, al abandonarlo a las contingencias de un acontecer incontrolable, “si no sólo el Estado nacional ha llegado a su fin, sino que con él toda forma de socialización política, los ciudadanos serán arrojados a un mundo de redes anónimas en el que tendrán que decidir según sus propias preferencias entre opciones creadas en términos sistémicos”⁵⁷⁸.

Conforme a lo expuesto, podemos rescatar la idea de que el constitucionalismo cosmopolita puede ser efectivamente un instrumento de emancipación y, en definitiva, de realización del principio de autonomía, pero para ello se deben dar algunas condiciones previas que se desarrollarán a continuación.

4.2 Posibilidad: una agenda de investigación en tres niveles

Si examinamos las críticas al constitucionalismo cosmopolita que hemos considerado adecuadas en relación a los objetivos y desarrollo de la teoría, podemos darnos cuenta que

⁵⁷⁸ HABERMAS, J. *La inclusión del otro*, op.cit., p.102.

parte de los desacuerdos profundos tienen que ver con las tres preguntas que Nancy Fraser identifica como centrales para una teoría de la justicia: el qué, quién y cómo⁵⁷⁹. Probablemente, uno de los grandes problemas de las propuestas del constitucionalismo cosmopolita ha sido separar estas tres dimensiones ofreciendo respuestas parciales a estas preguntas. Es decir, se ha separado el qué (cosmopolitismo moral), del quién (cosmopolitismo político) y del cómo (cosmopolitismo jurídico). Por ello creo que una respuesta plausible a la pregunta sobre si el constitucionalismo cosmopolita es posible sólo puede darse de manera condicional: si, es posible, si se desarrolla una estrategia que no prescinda de hacerse cargo de la dimensión democrática, jurídica y moral del constitucionalismo cosmopolita y las relaciones que existen entre estas dimensiones.

Tal como está configurada la teoría actualmente, tanto en los planteamientos de Habermas, como en los de Ferrajoli, no es posible sostener su posibilidad pues falta desarrollar un discurso que complemente el diagnóstico y las propuestas en tres niveles: filosofía del Derecho, filosofía política y estrategias vinculadas a ambas perspectivas. Como destaca La Torre, aunque escéptico de estas posibilidades⁵⁸⁰, el constitucionalismo cosmopolita requiere satisfacer -para ser plausible- dos exigencias: la generación de una sociedad civil global con participación en la esfera pública y con incidencia efectiva en la toma de decisiones colectivas y, que ofrezca los elementos para explicar la práctica de las organizaciones internacionales y el derecho en clave transnacional⁵⁸¹.

4.2.1 Nivel 1: Democracia

Una primera perspectiva que debe abordarse por el constitucionalismo cosmopolita es la dimensión democrática. Vimos que Ferrajoli y Habermas basaban sus propuestas en diferentes teorías de la democracia, sin embargo, ninguna de ellas era desarrollada con la profundidad suficiente como para responder adecuadamente a la pregunta del “quién” y el “cómo” en un contexto postwestfaliano, en definitiva, estaría pendiente por desarrollar una teoría sobre la autoridad legítima y sus procedimientos en el plano global. Aunque esta es

⁵⁷⁹ FRASER, N. *Escalas de justicia*, *op.cit.*, pp.31-64.

⁵⁸⁰ Para La Torre es, sin embargo, una estrategia “imposible de sostener a la vista de la cruda realidad de los hechos”, véase: LA TORRE, M. “El Brexit y la miseria del constitucionalismo global”, *op.cit.*, p. 10.

⁵⁸⁰ ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, *op.cit.*, pp.141-147.

⁵⁸¹ LA TORRE, M. “El Brexit y la miseria del constitucionalismo global”, *op.cit.*, p. 10.

una cuestión que sí ha sido abordada por el cosmopolitismo político, lo cierto es que desde el discurso constitucionalista se requiere articular un discurso que ponga en el centro la estrecha relación -que en el contexto de ese discurso- existe entre democracia, Constitución y derechos (asumiendo que, en todo caso, estas serán cuestiones en que existirán tensiones en las que solo se puede aspirar al equilibrio). Siguiendo a Nancy Fraser en su análisis sobre las escalas de la justicia en el marco de la globalización, la dimensión que se quiere poner de relieve es aquella que se identifica con la dimensión política. Si el constitucionalismo cosmopolita quiere transformarse en un proyecto posible, deberá ofrecer respuestas acerca del “quién” (apuntando a cómo debemos entender -en concreto- el “quién” conformado por la humanidad como la entienden los cosmopolitas) y el cómo⁵⁸². Haciéndonos cargo de la crítica democrática, debemos intentar superar el “punto ciego” del que adolecería el constitucionalismo cosmopolita y desarrollar una agenda de investigación que tenga como centro encontrar respuestas adecuadas a estas dificultades.

Podría pensarse que de los autores analizados, Habermas se acerca más a ofrecer una perspectiva como la apuntada. Es cierto. Recordemos que para Habermas aparece como central el desarrollo de un constitucionalismo cosmopolita con distintos niveles de legitimación democrática. Sin embargo, como revisamos en las críticas, hay algunas cuestiones que siguen sin respuesta en su propuesta, como por ejemplo, bajo qué criterio se concreta el “principio de todos los afectados” o cómo se resuelven los problemas de la representación fallida en el nivel “metapolítico”, es decir, en el establecimiento de criterios para definir democráticamente el marco. Se requiere, en definitiva, complementar la propuesta con una teoría de la democracia que permita diferenciar los niveles de decisión y tipos de efectividad que se estiman suficientes para la adopción de decisiones⁵⁸³. Un esfuerzo de este tipo debería apuntar como resultado a la existencia de múltiples marcos, funcionalmente definidos correspondientes a los múltiples “quiénes”⁵⁸⁴. Esta perspectiva, en todo caso, debe ofrecer también respuestas a las dificultades que presenta la desigualdad de poder en el diálogo, ofreciendo las condiciones para un debate igualitario. Por ejemplo, a diferencia de la construcción del derecho internacional de los derechos humanos en los

⁵⁸² FRASER, N. *Escalas de justicia*, op.cit., pp.31-64.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 84.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 89.

términos actuales, un diálogo democrático transnacional debe incorporar a pueblos indígenas para superar el carácter colonial que ha caracterizado la propuesta cosmopolita. No es una tarea fácil ya que exige imaginación institucional para sortear las dificultades que plantea la paradoja de la “regresión infinita” que supone discutir democráticamente los marcos⁵⁸⁵.

Así como debemos preocuparnos por la definición del marco, también resultará relevante desde la perspectiva democrática, plantear definiciones o estrategias referidas a la identificación de quiénes son los destinatarios de las exigencias de limitación, acción o posicionamiento. Es decir, preguntarnos también quiénes son los destinatarios de las demandas democráticas. Probablemente una de las mayores dificultades del discurso el constitucionalismo cosmopolita es la “mezcla amorfa de poderes públicos y privados que ni son fácilmente identificables ni son susceptibles de tener que rendir cuentas de nada”⁵⁸⁶. Por ello, como parte del primer nivel de la agenda de investigación para un constitucionalismo cosmopolita posible, también deben realizarse esfuerzos por identificar poderes susceptibles de ser destinatarios de normas que los regulen y aptos para rendir cuentas con transparencia. Esta agenda supone descartar que el Estado es el único agente respecto del cual esta demanda es posible, posicionando a las empresas transnacionales, organismos internacionales y actores supranacionales como objetos de regulación. Como indica Fraser, estos poderes:

“[A] no ser localizables dentro de la jurisdicción de un Estado territorial real o imaginable, no pueden dar respuesta a las reivindicaciones de justicia enmarcadas según el principio territorial-estatal. En su caso, según el hilo del razonamiento, invocar el principio de territorialidad estatal para determinar el marco es de por sí hacer injusticia. Por el hecho de compartimentar el espacio político según líneas territoriales, este principio sustrae a los poderes extraterritoriales y no territoriales del alcance de la justicia”⁵⁸⁷.

Este es un aspecto en que Ferrajoli avanza, aunque sin demasiada profundidad en cuanto a estrategias, cuando desarrolla sus ideas de la dimensión expansiva del constitucionalismo también a los poderes privados. Por ello como parte de la estrategia democrática, también se trata de identificar al poder, limitarlo y exigirle rendición de cuentas.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p.91.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 174.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 54.

4.2.2 Nivel 2: Filosofía del Derecho

En relación a la filosofía del Derecho, como se apuntó en el capítulo II y se resaltó en este capítulo en las perspectivas críticas, otro de los desafíos relevantes del constitucionalismo cosmopolita es llevar adelante una agenda de investigación que, desde la filosofía del Derecho, otorgue respuestas que reflexionen sobre la validez de las normas cosmopolitas o cuáles deben ser los criterios de selección de normas aplicables frente a solapamientos de ordenamientos jurídicos diversos. Corresponde preguntarse, en este sentido, si el monismo, dualismo o el pluralismo son paradigmas explicativos suficientes para la dinámica del Derecho más allá del Estado cuando adquiere características constitucionalistas. Una respuesta plausible a estos problemas dotará al constitucionalismo cosmopolita de herramientas suficientes para emanciparse de los discursos soberanistas en relación al imperio del Derecho o de un pluralismo fuerte donde las diferentes esferas del Derecho no interactúan⁵⁸⁸. Un modelo cosmopolita supone necesariamente normas y procedimientos comunes y, en este sentido, será relevante construir una regla de reconocimiento compleja para resolver los problemas de interacción. Conceptos como los de sistematicidad o unidad del Derecho, en este sentido, deben ser revisados o reinterpretados a la luz de la construcción constitucionalista más allá del Estado.

Una agenda de investigación como la propuesta, requiere de esfuerzos académicos que al igual que en el caso del nivel de la democracia transnacional, estén dispuestos a abandonar los condicionamientos que, la filosofía del derecho tradicional, ha impuesto al concepto de Derecho entendido únicamente como derecho estatal. Se tendrá que volver sobre la pregunta sobre la legitimidad del derecho no estatal (en este sentido, este nivel de investigación se vincula con el anterior), pero también será necesario indagar en qué medida las formas de producción y de coacción del derecho han variado o deben variar a la luz de las exigencias del constitucionalismo cosmopolita, al igual que las técnicas de interpretación.

De esta manera, como apunta Turégano, en este nivel de investigación corresponderá plantearse si más que reformular la filosofía del derecho internacional, requerimos de una filosofía del Derecho desarrollada en clave transnacional. Es decir, una filosofía del Derecho

⁵⁸⁸ TURÉGANO, I. “Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica”. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n°79 (2017): 225.

que más allá de la dicotomía entre orden estatal e internacional, entienda como Derecho también aquel que se desarrolla justamente en la interacción entre los distintos sistemas jurídicos⁵⁸⁹. Una perspectiva como la apuntada, como primera aproximación, otorga una base interesante para avanzar en dotar al constitucionalismo cosmopolita de fundamentos sólidos también desde la filosofía del Derecho.

4.2.3 Nivel 3: Estrategias para el constitucionalismo cosmopolita

Resaltada la importancia de profundizar en una teoría democrática y del derecho que acompañe al constitucionalismo cosmopolita, es necesario en un tercer nivel de investigación, desarrollar estrategias que permitan la viabilidad práctica de este tipo de propuestas. Pero para desarrollar este tipo de estrategias, se requiere realizar algunas precisiones en relación al método.

Sobre el método, he planteado anteriormente que también debemos ser cosmopolitas en la forma en que se desarrolla esta agenda de investigación. Esto supone no solamente abandonar el nacionalismo metodológico, sino que también el eurocentrismo de las propuestas constitucionalistas cosmopolitas contemporáneas. Es decir, si realizamos un discurso sobre las estrategias para alcanzar un constitucionalismo cosmopolita debemos mirar más allá del constitucionalismo europeo y norteamericano para identificar tendencias favorables o explicaciones sobre la posibilidad de este proyecto. Como ejemplo, es posible mencionar la importancia de analizar bajo estos parámetros fenómenos como los de un *ius constitutionale commune* en América Latina mediante el control de convencionalidad impulsado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o las formas de diálogo judicial que se dan entre las diferentes cortes nacionales e internacionales en materia de derechos humanos y que van generando progresivamente estándares comunes para la protección de los mismos⁵⁹⁰.

De acuerdo a este método, inclusivo de todos los fenómenos constitucionales, una estrategia dirigida hacia la posibilidad de un constitucionalismo cosmopolita debería estar

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 226.

⁵⁹⁰ Sobre el diálogo judicial como mecanismo para la consecución de un constitucionalismo global, véanse los estudios contenidos en: FERRER MAC-GREGOR, E. Y HERRERA, A. (Coords.) *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

centrada, por una parte, en la visibilización de tendencias favorables hacia la generación de este tipo de constitucionalismo y, por otra, también orientada hacia la identificación de las herramientas existentes para la creación de espacios de incidencia para la generación de una sociedad civil con un “sentido cívico” ampliado, pero también con capacidad de acción política. En este sentido, no se trata solo de justificar en el nivel filosófico (como sería la agenda de investigación vinculada a la teoría de la democracia y del derecho) la necesidad y posibilidad de un constitucionalismo cosmopolita, sino también de desarrollar estrategias concretas que apunten hacia su posibilidad. Solo de este modo se puede contribuir a la discusión de si el proyecto kantiano tiene todavía futuro⁵⁹¹.

5. Conclusiones generales del capítulo

Las críticas al constitucionalismo cosmopolita son variadas y lo enfrentan en diversos niveles. Este capítulo se ha propuesto desvelar cuáles son, en definitiva, las diferencias profundas que subyacen al debate. En este sentido, hay cuatro elementos centrales y sobre los cuales pivota la discusión: el rol del Derecho más allá del contexto estatal, la filosofía de la historia y concepciones de la democracia y del constitucionalismo. Probablemente en todos estos debates solo podamos encontrar respuestas parciales, donde frente a tensiones irresolubles (como poder y Derecho), solo podamos aspirar a equilibrios. Sin embargo, el constitucionalismo cosmopolita, frente a sus críticas y dificultades, se presenta como un proyecto que no renuncia a la posibilidad de ofrecer respuestas para garantizar los derechos humanos a nivel global. Su posibilidad, en todo caso, estará determinada por la necesidad de que esta propuesta vaya acompañada de una agenda de investigación que considere fortalecer su dimensión democrática, ofrecer respuestas adecuadas desde la filosofía del Derecho y, finalmente, desarrollar estrategias concretas para su consecución.

⁵⁹¹ HABERMAS, J. *El occidente escindido*, op.cit., p.116.

CONCLUSIONES GENERALES

Este trabajo de investigación se planteó como objetivo principal responder a la pregunta de si el constitucionalismo cosmopolita es una propuesta teórica necesaria y viable, procurando reconstruir sus principales propuestas, así como dialogar con las críticas que lo cuestionan. La importancia de indagar en este concepto y posibilidades radica en que existe una dispersión conceptual sobre el constitucionalismo más allá del Estado, recibiendo diversas denominaciones (global, mundial o cosmopolita). Por otra parte, nos encontramos ante un escenario internacional y un debate académico-filosófico donde existe una regresión hacia posturas nacionalistas y soberanistas en relación al Derecho y los derechos humanos. En dicho contexto, es pertinente analizar si el constitucionalismo cosmopolita ofrece respuestas pertinentes a los desafíos actuales. A partir del estudio de este concepto en los términos señalados, se arribó a las siguientes conclusiones:

1. El constitucionalismo y el cosmopolitismo son conceptos complejos y con matices que hacen que su delimitación y caracterización sea compleja. Sin embargo, en ambos conceptos encontramos elementos que nos permiten sostener que existe una conexión entre ellos desde la perspectiva teórica y práctica. Esta conexión está dada por la dimensión expansiva y la vocación histórica y prescriptiva que tiene el constitucionalismo. Si el constitucionalismo actualmente es el “constitucionalismo de los derechos” y estos se han planteado en términos universales, para que el proyecto constitucionalista sea coherente y viable, en el futuro debe trascender los márgenes del Estado-nación y ser cosmopolita. Los derechos para ser efectivos deben liberarse de las condicionantes nacionales que impiden su efectividad, así como se ha constatado que en la actualidad el poder con capacidad de vulnerar derechos humanos se encuentra también fuera del Estado y adquiere características que requieren de su limitación, siguiendo la lógica del constitucionalismo. En este sentido, se ha planteado que el constitucionalismo cosmopolita es un concepto que implica sostener la posibilidad de trasladar la lógica del constitucionalismo más allá del Estado con el objeto de garantizar la efectividad de los derechos humanos a nivel universal.

2. Este tipo de planteamientos no es nuevo y ya se encontraba en autores como Kant y Kelsen. Sin embargo, a diferencia de estos autores, las propuestas contemporáneas de un

constitucionalismo cosmopolita son más complejas en el sentido de que utilizan una perspectiva constitucionalista, lo que implica trascender el discurso del Derecho utilizado para evitar y limitar la guerra, y se preocupa de la generación de espacios de igualdad para el desarrollo de proyectos de vida diversos. Pese a ello, en las propuestas contemporáneas, donde hemos destacado principalmente los análisis de L.Ferrajoli y J. Habermas, es posible encontrar una línea de continuidad con el cosmopolitismo kantiano en el sentido de que en ambas propuestas existe una preocupación por dotar al cosmopolitismo de una fundamentación filosófica y, a la vez, identificar tendencias en la realidad social que lo justifican y posibilitan.

3. En la reconstrucción contemporánea de las propuestas de un constitucionalismo cosmopolita se ha constatado que es posible identificar elementos que caracterizan a estas propuestas y que son a la vez parámetros comparativos de las mismas: sus bases filosóficas, el diagnóstico común, modelo de legitimidad, separación conceptual entre Estado y Constitución, teoría del Derecho y arreglos institucionales.

4. Siguiendo la tradición kantiana, tanto en Ferrajoli como en Habermas se encuentran presentes las ideas del progreso moral de la humanidad y que el Derecho tiene un rol relevante como componente civilizatorio. En relación al diagnóstico común, se comparte principalmente la preocupación de que los problemas que nos aquejan y que afectan los derechos humanos son globales y que se ha perdido la capacidad de incidencia de los/as ciudadanos/as en la generación de soluciones. En este sentido, a partir de ciertas bases filosóficas comunes y un diagnóstico compartido (aunque con matices en relación al optimismo o pesimismo con que se analizan los fenómenos), ambos autores coinciden en que la lógica del constitucionalismo no solo debe trascender al Estado por este diagnóstico, sino que su configuración hace que sea necesariamente cosmopolita. Resulta relevante para estas conclusiones, que ambos autores no identifican conceptualmente a la Constitución con el Estado, desarrollando argumentaciones que les permiten sostener que la lógica constitucionalista puede trascenderlo.

5. Las diferencias están marcadas por el modelo de legitimidad en que se basa la propuesta de los autores, lo que incide directamente en los arreglos institucionales que proponen. Mientras Ferrajoli maneja una noción de democracia sustancial donde es fundamental la distinción entre funciones de gobierno y garantía, Habermas basa su propuesta en una concepción deliberativa de la democracia. Estas diferencias hacen que en la propuesta de Ferrajoli la dimensión de la democracia política esté centrada en el Estado, solo trasladando las funciones de garantía al ámbito internacional (funciones, que por tratarse del ámbito de lo indecible no requerirían de una legitimación de tipo democrática). Por el contrario, en el caso de Habermas es central en su propuesta la legitimidad democrática de los diferentes niveles del constitucionalismo cosmopolita (nacional, transnacional y supranacional). Aunque cada nivel tendrá un nivel de legitimación diferente dependiendo del tipo de funciones que cumpla.

6. Frente a este tipo de propuestas se han desarrollado diversas críticas que cuestionan la posibilidad y hasta sostienen la peligrosidad de un proyecto de constitucionalismo cosmopolita. Al tratarse de un proyecto que reúne dimensiones constitucionalistas y cosmopolitas, estas críticas abordan los diferentes aspectos de este proyecto. En este sentido, se ha identificado que las críticas se dirigen desde teorías realistas de las relaciones internacionales, desde el constitucionalismo, las teorías de la democracia y la filosofía del Derecho. Así, el análisis de la pertinencia de las críticas permite constatar que en el fondo lo que existe son desacuerdos profundos en relación a la filosofía de la historia, el rol del Derecho más allá del Estado y respecto a diferentes conceptos del constitucionalismo y de la democracia.

7. Es posible sostener que el constitucionalismo cosmopolita es un proyecto necesario por tratarse, a diferencia de posturas como las del realismo, de una apuesta por garantizar la vigencia universal de los derechos humanos y, aunque siendo complejo tanto en su fundamentación como en su implementación, es el único modelo que no renuncia a la posibilidad de generar espacios para la realización del principio de autonomía mediante la limitación del poder público o privado, nacional o transnacional. Pese a ello, para transformarse en un proyecto posible, se ha sostenido que en atención a los desacuerdos

profundos que subyacen en el debate, es necesario desarrollar una agenda de investigación que aborde tres niveles diferentes para dotar al constitucionalismo cosmopolita de bases filosóficas sólidas y, a la vez, de estrategias concretas que permitan avanzar en su consecución.

8. Esta agenda de investigación consiste en desarrollar la dimensión democrática, de filosofía del Derecho y crear estrategias concretas para un constitucionalismo cosmopolita posible. Desde la dimensión democrática se requiere realizar esfuerzos por identificar y fundamentar la importancia de que existan diversos *demos* con capacidad de incidir en diferentes niveles de decisión en un modelo cosmopolita. Desde la dimensión de la filosofía del Derecho hay que pensar alternativas que permitan construir una regla de reconocimiento compleja para resolver los conflictos de identificación y aplicación de normas aplicables en un panorama jurídico disperso y diverso. En el nivel de las estrategias, se ha puesto de relieve la importancia de visibilizar las tendencias favorables hacia un constitucionalismo cosmopolita, así como la identificación de las herramientas que ofrece el Derecho para impulsar estos cambios desde la sociedad civil o la judicatura. Se trata de una agenda compleja de investigación. Pero como hemos resaltado, los riesgos de abandonar la posibilidad de avanzar hacia el ideal de la vigencia del Derecho más allá del Estado y, en particular, de los derechos humanos, son tan altos, que es un desafío que debemos estar dispuestos/as a abordar pese a su aparente imposibilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, J. “Estudio de contextualización”. En: KANT, I. *La paz perpetua*. Traducción de Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 2014 [1795], pp. xxv-lxii.
- AGUILÓ, J. “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”. En: CARBONELL, M. Y GARCÍA, L. (Eds.) *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010, pp. 247-263.
- ALTERIO, M. “Una mirada política al ius-constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: problemas desde el punto de vista interno y externo”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 26 (2012): 1-22.
- _____. “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, nº 8 (2014): 227-306.
- ANSUÁTEGUI, F.J. *Poder, ordenamiento jurídico y derechos*. Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 1997.
- _____. “Kant, Rawls y la moralidad del orden internacional”. *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso*, nº47 (2002): 593-631.
- _____. “Derechos, constitución, democracia (Aspectos de la presencia de derechos fundamentales en las Constituciones actuales)”. En: VV.AA, *Derechos y Libertades en la Historia*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2003, pp. 161-191.
- _____. “La dimensión expansiva del constitucionalismo: retos y exigencias”. En: VV.AA, *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. II. Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid, 2008, pp. 73-104.
- _____. *Razón y voluntad en el Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson, 2013.
- _____. “Los derechos fundamentales en *Principia Iuris* (o límites a la teoría del derecho)”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 29 (2013): 35-55.
- _____. “Sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia”. En: MORA, F. (Coord.) *Democracia: ensayos de filosofía política y jurídica*. México: Fontamara, 2014, pp.157-187.
- _____. “La propensione cosmopolita del costituzionalismo”. *Diritto e questioni pubbliche* 16, nº1 (2016): 13-27.
- ARAGÓN, M. “La Constitución como paradigma”. En: CARBONELL, M. (Coord.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007, pp. 29-40.
- ARCHIBUGI, D. *The global commonwealth of citizens: toward cosmopolitan democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- ARCOS, F. “Una lectura del cosmopolitismo kantiano”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº21 (2004): 13-37.

- _____. "Universalismos cosmopolitas y derechos humanos". En: VV.AA, *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, Vol. III. Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid, 2008, pp. 93-128.
- _____. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009.
- _____. "El cosmopolitismo con adjetivos: las alternativas sentimental y dialógica al globalismo liberal". *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº28 (2013): 255-290.
- APPIAH, K.A. *Cosmopolitismo: la ética en un mundo de extraños*. Traducción Lilia Mosconi. Buenos Aires: Katz, 2007.
- ARTETA, M. *La constitucionalización cosmopolita del Derecho Internacional: una reconstrucción crítica de la propuesta de Jürgen Habermas*. Tesis doctoral Universidad de Valencia, 2014.
- ATIENZA, M. "Tesis sobre Ferrajoli". *Doxa*, nº31 (2008): 213-216.
- _____. "Constitucionalismo, globalización y derecho". *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010, pp. 264-284.
- BAYÓN, J.C. "Derechos, democracia y Constitución". En: CARBONELL, M. (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, pp.211-238.
- _____. "El constitucionalismo en la esfera pública global". *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 29 (2013): 57-99.
- _____. "¿Democracia más allá del Estado?" En: RUIZ MIGUEL, A. (Ed.) *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*. Madrid: Trotta, 2014, pp. 121-138.
- BECK, U. *Poder y contrapoder en la era global*. Traducción de R.S Carbó. Barcelona: Paidós, 2004.
- _____. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Traducción de Bernardo Moreno. Barcelona: Paidós, 2015.
- BEITZ, C. "Cosmopolitanism and global justice". *The Journal of Ethics* 9, nº1-2 (2005): 11-27.
- BENHABIB, S. *Another cosmopolitanism: hospitality, sovereignty and democratic iterations*. New York: Oxford University Press, 2006.
- _____. "The new sovereigntism and transnational law: legal utopianism, democratic scepticism and statist realism". *Global Constitutionalism* 5, nº1 (2016):109-144.
- BIDART, G. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003.
- BLANCO, R. *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2010.
- BOTTICI, C. "The domestic analogy and the kantian project of perpetual peace". *Journal of political philosophy* 11, nº4 (2003): 392-410.

- BRICMONT, J. *Imperialismo humanitario. El uso de los derechos humanos para vender la guerra*. Traducción de A. J. Ponziano Bertoucini. Barcelona: El viejo topo, 2005.
- BRITO, R. *Constitucionalismo global*. México D.F.: Porrúa y Facultad de Derecho UNAM, 2005.
- BROWN, G. "Moving from cosmopolitan legal theory to legal practice: models of cosmopolitan law". En: BROWN, G. Y HELD, D. (Eds.) *The cosmopolitanism reader*. Cambridge: Polity Press, 2010, pp. 248-266.
- _____. "Cosmopolitanism and global constitutionalism". Comunicación presentada en ECPR General Conference, Praga, 7-10 de septiembre de 2016.
- BRUNKHORST, H. "Globalising democracy without a state: weak public, strong public, global constitutionalism". *Millenium: Journal of International Studies* 31, nº3 (2002): 675-690.
- _____. "A polity without a state? European constitutionalism between evolution and revolution". *Arena Working Paper*, nº14 (2003): 1-30.
- _____. "State and constitution: a reply to scheurman". *Constellations* 15, nº4 (2008): 493-501.
- BULL, H. *La sociedad anárquica. Un estudio sobre el orden en la política mundial*. Traducción de Irene Martín. 3ª ed. Madrid: Los libros de la Catarata, 2005 [1977].
- CAMPDERRICH, R. "Soberanía y orden internacional en la filosofía política y jurídica de Hans Kelsen y Carl Schmitt: aportaciones a un debate reciente". *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 23 (2006): 205-217.
- CATTAFI, C. "Las acepciones del término cosmopolitismo: una aportación a la taxonomía de Kleingeld". *Confines*, nº19 (2014): 9-33.
- CHERNILO, D. "Universalismo y cosmopolitismo en la teoría de Jürgen Habermas". *Estudios políticos*, nº106 (2007): 175-203.
- CLAVERO, B. *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Trotta, 2014.
- COMANDUCCI, P. "Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico". En: CARBONELL, M. (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, pp.75-98.
- _____. "Constitucionalismo: Problemas de definición y tipología". *Doxa*, nº34 (2011): 95-100.
- DE GRIEFF, P. "Habermas on nationalism and cosmopolitanism". *Ratio Juris*, nº15 (2000): 418-438.
- DELANTY, G. "The emerging field of cosmopolitan studies". En: ID. *Routledge Handbook of Cosmopolitanism Studies*. New York: Routledge, 2012, pp. 1-9.
- DIGGELMAN, O. Y ALTWICKER, T. "Is there something like a constitution of international law?" *Heidelberg Journal of International Law*, nº68 (2008): 623-650.
- DOBNER, P. "More law, less democracy?" En: DOBNER, P. y LOUGHLIN, M. (Eds.) *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 141-161.

- DOUZINAS, C. *Human Rights and Empire: the political philosophy of cosmopolitanism*. New York: Routledge, 2007.
- FARIÑAS, M.J. “De la globalización económica a la globalización del derecho: los nuevos escenarios jurídicos”. *Derechos y Libertades* 8 (2000): 179-194.
- FERRAJOLI, L. *La sovranità nel mondo moderno : nascita e crisi dello Stato nazionale*. Roma: Laterza, 1997 .
- _____. “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”. *Isonomía*, nº9 (1998): 173-184.
- _____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001, pp. 287-382.
- _____. “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”. *Isonomía*, nº 16 (2002): 7-20.
- _____. *Razones jurídicas del pacifismo*. Edición de Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2004.
- _____. “La crisis de la democracia en la era de la globalización”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº39 (2005): 37-51.
- _____. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”. *Doxa*, nº29 (2006): 15-31.
- _____. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.
- _____. “Principia Iuris. Una discusión teórica”. *Doxa*, nº31 (2008): 416-418.
- _____. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *Doxa*, nº34 (2011): 15-53.
- _____. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2010.
- _____. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2011.
- _____. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2015.
- _____. *Principia Iuris. Teoría de derecho y la democracia*. Vol. I. Traducción de Juan Carlos Bayón, Marina Gascón y Luis Prieto Sanchís. Madrid: Trotta, 2013.
- _____. *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia*. Vol. II. 2ª ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2016.
- FERRER MAC-GREGOR, E. Y HERRERA, A. (Coords.) *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- FINE, R. Y SMITH, W. “Jürgen Habermas’s theory of cosmopolitanism”. *Constellations* 10, nº4 (2003): 469-487.
- FIORAVANTI, M. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez. Madrid: Trotta, 2001.

- _____. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Traducción de Adela Mora y Manuel Martínez. Madrid: Trotta, 2014.
- FRASER, N. “Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº39 (2005): 69-75.
- _____. *Escalas de justicia*. Traducción de Antoni Martínez. Barcelona: Herder, 2008.
- GARCÍA AMADO, J.A. “Habermas, los Estados y la sociedad mundial”. *Estudios de Derecho*, nº143 (2007): 69-91.
- GARCÍA PASCUAL, C. “Crítica bibliográfica. Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº20 (1999): 421-425.
- _____. *Norma mundi: la lucha por el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2016.
- GARCÍA SÁEZ, J.A. “El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en Principia Iuris”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº26 (2012): 82-102.
- _____. “El pacifismo jurídico en el siglo XX a través de las obras de Kelsen, Bobbio y Ferrajoli”. En: VV.AA. *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*. Tomo IV. Vol. II. Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2014, pp. 651-685.
- _____. *Kelsen vs. Morgenthau. Paz, política y derecho internacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- GARZÓN, E. “Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del ‘coto vedado’ a nivel internacional”. *Derechos y Libertades*, nº 12 (2003): 57-69.
- GLENN, P. *The Cosmopolitan State*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- _____. “The Cosmopolitan State”. *Kansas Law review* 61 (2013): 735-752.
- GRIMM, D. “¿Necesita Europa una Constitución?” *Debats*, nº 55 (1996): 4-20.
- _____. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Traducción de Raúl Sáenz y José Luis Muñoz. Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- _____. “The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World”. En: DOBNER, P. y LOUGHLIN, M. (Eds.) *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 3-22.
- GUASTINI, R. “Sobre el concepto de Constitución”. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007, pp.15-27.
- _____. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: CARBONELL, M. (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, pp.49-73.
- HABERMAS, J. “La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de doscientos años”. *Isegoría*, nº16 (1997): 61-90.
- _____. *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Traducción de Juan Carlos Velasco y Gerard Vilar. Barcelona: Paidós, 2000.

- _____. *La constelación posnacional. Ensayos políticos*. Traducción de Pere Fabra, Daniel Gamper y Luis Pérez. Barcelona: Paidós, 2000.
- _____. *Tiempo de transiciones*. Traducción de Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2004.
- _____. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2005.
- _____. *El occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*. Traducción de José Luis López. Madrid: Trotta, 2006.
- _____. *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*. Traducción de Daniel Gamper. Buenos Aires: Katz, 2008.
- _____. “El resurgimiento de la religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad?” *Dianoia*, nº60 (2008): 3-20.
- _____. *¡Ay Europa!*. Traducción de José Luis López, Pedro Madrigal y Francisco Javier Gil. Madrid: Trotta, 2009.
- _____. *La Constitución de Europa*. Traducción de Javier Aguirre. Madrid: Trotta, 2012.
- _____. “The crisis of the european unión in the light of a constitutionalization of international law”. *The European Journal of Internacional Law*, nº2 (2012): 335-348.
- _____. “Un alegato a favor de la constitucionalización del derecho internacional”. En: GARCÍA, L. Y FABRA, J. (Eds.) *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones Fundamentales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015, pp.137-147.
- _____. “¿Es posible una Constitución Política para la sociedad mundial pluralista?”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº50 (2016): 303-315.
- _____. *En la espiral de la tecnocracia*. Traducción de David Hereza y Fernando García. Madrid: Trotta, 2016.
- HADAS, M. “From nationalism to cosmopolitanism in the greco-roman world”. *Journal of the history of ideas* 4, nº1 (1943): 105-111.
- HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007 [1961].
- HELD, D. *La democracia y el orden global: del estado moderno al gobierno cosmopolita*. Traducción de Sebastián Mazzuca. Barcelona: Paidós, 1997.
- _____. *Cosmopolitismo: ideales y realidades*. Traducción de Dimitri Fernández. Madrid: Alianza, 2012.
- HÖFFE, O. *Democracy in an age of globalisation*. Dordrecht: Springer, 2007.
- HURREL, A. “Kant and the kantian paradigm in international relations”. *Review of international studies*, nº16 (1990): 183-205.
- INGLIS, D. “Cosmopolitans and cosmopolitanism: between and beyond sociology and political philosophy”. *Journal of Sociology* 50, nº2 (2014): 99-114.

- KANT, I. *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*. Traducción de Concha Roldán y Roberto Rodríguez. Madrid: Tecnos, 1994 [1784].
- _____. *La paz perpetua*. Traducción de Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 2014 [1795].
- KELSEN, H. *La paz por medio del derecho*. Traducción de Luis Echavarri. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2008 [1944].
- KLEINGELD, P. "Six varieties of cosmopolitanism in Late-Century Germany". *Journal of the history of ideas*, nº 60 (1999): 505-524.
- KOSKENNIEMI, MARTTI. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- KÜMM, M. "The cosmopolitan turn in constitutionalism: an integrated conception of public law". *Indiana Journal of global legal studies* 20, nº2 (2013): 605-628.
- LAFONT, C. "Responsabilidad, inclusión y gobernanza global: una crítica a la concepción estatista de los derechos humanos". *Isegoría*, nº53 (2010): 407-434.
- LAPORTA, F. "Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº39 (2005): 243-265.
- LA TORRE, M. "El Brexit y la miseria del constitucionalismo global". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 64 (2016): 4-11.
- LLANO, F. *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*. Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", 2002.
- _____. "Cosmopolitismo y derechos humanos: el debate doctrinal en torno a la justicia global y la democracia universal en el S.XX". En: VV.AA. *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*. Tomo IV. Vol. II. Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", 2014, pp.387-446.
- LOUGHLIN, M. "What is constitutionalisation"? En: DOBNER, P. y LOUGHLIN, M. (Eds.) *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 48-69.
- MAC AMHLAIGH, C. "Harmonizing Global Constitutionalism". *Global Constitutionalism*, nº2 (2016): 173-206.
- MARTÍNEZ, J. "Democracia constitucional cosmopolita, federalismo y esfera pública en el iuspositivismo constitucionalista de Luigi Ferrajoli". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº26 (2012): 168-190.
- _____. "Razón ilustrada, cosmopolitismo democrático y federalismo. Luigi Ferrajoli tras los pasos de Immanuel Kant, Hans Kelsen y David Held". *Bajo palabra. Revista de Filosofía*, nº8 (2013): 85-96.
- MAZZARESE, T. ¿Repensar la cultura de los derechos? *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº28 (2006): 149-172.
- MC CARTHY, T. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Traducción de Miguel Jiménez. Madrid: Tecnos, 1987.

- _____. “Unidad en la diferencia: reflexiones sobre el derecho cosmopolita”. *Isegoría*, nº16 (1997): 37-60.
- MONTERO, J. “Derechos humanos: estadistas, no cosmopolitas”. *Isegoría*, nº49 (2013): 459-480.
- NEIDLEMAN, J. “Rousseau’s rediscovered communion des coeurs: cosmopolitanism in the reveries of the solitary Walker”. *Political studies* 60, nº1 (2012): 76-94.
- NUSSBAUM, M. “Patriotismo y cosmopolitismo”. En: VV.AA, *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*. Barcelona: Paidós, 2013, pp. 21-37.
- PÉREZ DE LA FUENTE, O. “Algunas estrategias para la virtud cosmopolita”. *Derecho y Libertades*, nº15 (2006): 65-100.
- PETERS, A. “The merits of global constitutionalism”. *Indiana Journal of global legal studies* 16, nº2 (2009): 397-411.
- _____. “Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales”. En: AZNAR, M., GUTIERREZ, I. Y PETERS, A. (Eds.) *La constitucionalización de la comunidad internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 208-261.
- PISARELLO, G. “El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli”. En: FERRAJOLI, L. *Razones jurídicas del pacifismo*. Madrid: Trotta, 2004, pp. 11-24.
- _____. “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”. En: CARBONELL, M. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007, pp. 159-184.
- POGGE, T. “Moral universalism and global economic justice”. *Politics, philosophy & economics*, nº1 (2002): 29-58.
- _____. “Cosmopolitismo”. *Precedente* (2010): 143-169.
- POSNER, E. *The perils of global legalism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.
- _____. *The twilight of human rights law*. New York: Oxford University Press, 2014.
- PREUSS, U. “Disconnecting constitutions from statehood. Is global constitutionalism a viable concept?” *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 23-46.
- PRIETO, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- PUPPO, A. “Constitucionalismo global y excepción internacional: una mirada escéptica a principia iuris de Luigi Ferrajoli”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº31 (2015): 16-39.
- RAWLS, J. *El derecho de gentes y una “revisión de la idea de razón pública”*. Traducción de Hernando Valencia. Barcelona: Paidós, 2001.
- REQUEJO, F. “Justicia cosmopolita y minorías nacionales. Kant de nuevo pero diferente”. *Claves de la razón práctica*, nº171 (2007): 34-44.

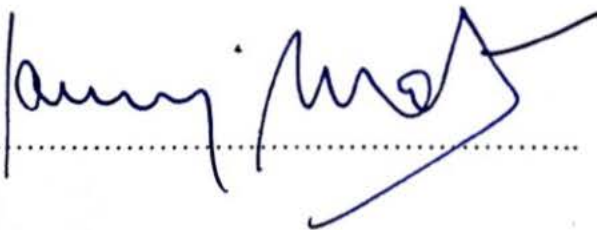
- ROLDÁN, C. “Los ‘prolegómenos’ del proyecto kantiano de paz perpetua”. En: *La paz y el ideal cosmopolita de la ilustración. A propósito del bicentenario de hacia la paz perpetua de Kant*. Madrid: Tecnos, 1996, pp. 125-154.
- RUIZ MIGUEL, A. “Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita”. *Doxa*, nº31 (2008): 355-368.
- “La función del derecho en un mundo global”. En: ID (Ed.) *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*. Madrid: Trotta, 2014, pp. 19-39.
- SALES, T. “El realismo crítico de Danilo Zolo”. *Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía*, nº9 (2009): 183-194.
- SANTIAGO, R. “Ciudadanía cosmopolita y globalización. Una revisión del pensamiento kantiano”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº9 (2009): 5-20.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Nota introductoria y revisión de la traducción de Carlos Lema Añón. Madrid: Trotta-ILSA, 2009.
- SCHEFFLER, S. “Conceptions of Cosmopolitanism”. *Utilitas* 11, nº3 (1999): 255-276.
- SCHMITT, C. *El concepto de lo político*. Versión de Rafael Agapiro. Madrid: Alianza Editorial, 1999 [1932].
- *El nomos de la tierra. El Derecho de Gentes del “Ius publicum europaeum”*. Traducción por Dora Schilling. Buenos Aires: Struhart & Cía., 2005.
- *El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’*. Traducción de Max Maureira Pacheco y Klaus Wrehde. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006.
- SCHWÖBEL, C. “Situating the debate on global constitutionalism”. *International Journal of Constitutional Law* 8, nº 3 (2010): 611-635.
- SINGER, P. “Poverty, Facts and Philosophies. A response to more than charity”. *Ethics & International Affairs* 16, nº2 (2002): 121-124.
- SLAUGHTER, A. *A New World Order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.
- STERNBERGER, D. *Patriotismo constitucional*. Traducción de Luis Villar. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- SUGANAMI, H. *The domestic analogy and world order proposals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- TRUYOL Y SERRA, A. “A modo de introducción: La paz perpetua de Kant en la historia del derecho de gentes”. En: ARAMAYO, R., MUGUERZA, J. Y ROLDÁN, C. (Eds.). *La paz y el ideal cosmopolita de la ilustración. A propósito del bicentenario de hacia la paz perpetua de Kant*. Madrid: Tecnos, 1996, pp.17-29.
- “Presentación”. En: KANT, I. *La paz perpetua*. Traducción de Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 2014 [1795], pp. xi-xxiv.
- TOULMIN, S. *Cosmópolis: el trasfondo de la modernidad*. Traducción de Bernardo Moreno. Barcelona: Península, 2001.

- TURÉGANO, I. “Posibilidades y límites de un constitucionalismo mundial. ¿Qué queda del constitucionalismo cuando lo globalizamos?” *Estudios de Deusto*, nº2 (2012): 155-170.
- _____. “Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica”. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, nº79 (2017): 223-265.
- VELASCO, J.C. *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- _____. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.
- _____. *Habermas: el uso público de la razón*. Madrid: Alianza Editorial, 2013.
- VILLEGAS, L. “Sobre la paz perpetua y el ideal cosmopolita: un diálogo entre Kant y Rousseau”. *Estudios Políticos*, nº47 (2015): 15-32.
- VON BOGDANDY, A. “Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”. *Revista Derecho del Estado*, nº34 (2015): 3-50.
- WALDRON, J. “Minority cultures and the cosmopolitan alternative”. *University of Michigan Journal of Law Reform* 25, nº3-4 (1992): 751-794.
- _____. “What is Cosmopolitan?” *The Journal of Political Philosophy* 8, nº2 (2000): 227-243.
- ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*. Traducción de Rafael Grasa y Francesc Serra. Barcelona: Paidós, 2000.
- _____. “Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 36 (2002): 197-220.
- _____. “Teoria e critica dello Stato di diritto”. En: ZOLO, D. Y COSTA, P. (Eds.) *Lo Stato di diritto*. Milán : Feltrinelli, 2002, pp. 17-88.
- _____. *Los señores de la paz: una crítica al globalismo jurídico*. Traducción de Roger Campione. Madrid: Dykinson, 2005.
- _____. *La justicia de los vencedores. De Nüremberg a Bagdad*. Traducción de Elena Bossi. Madrid: Trotta, 2007.

Getafe, 26 de enero de 2018

D. Francisco Javier Ansuátegui Roig, Tutor del Trabajo de fin de Máster comparece y dice:

1. Que es el tutor del trabajo de fin de máster titulado "El constitucionalismo cosmopolita en debate" realizado por D^a Constanza Núñez Donald.
2. Que D^a Constanza Núñez Donald ha terminado las labores de realización de este trabajo de fin de máster.
3. Que al amparo de la normativa vigente, AUTORIZO a que presente los ejemplares correspondientes en ese Instituto, para la iniciación del procedimiento de lectura y defensa del trabajo de fin de máster, y solicito se adopten los acuerdos necesarios para llevar a buen término el mismo.

Fdo. 

SR. DIRECTOR DEL MASTER EN ESTUDIOS AVANZADOS EN DERECHOS HUMANOS